١٤٢٣٣٩

٢٩٧/٣٣٢
ک٥٥٧ف
الف ش /
ج٢

بانجمه

باسمه تعالی

فهرستبرگه منابع چاپ سنگی - اداره مخطوطات

شماره ثبت: ٣٧٢٤٥

ردەبندی دیویی: ٢٩٧٫٣٣٢ ک٤٢٩ن ٣ج/ ١٢٨٧ ج.٢

سرشناسه: مصری حنفی، محمد، سمحش

عنوان قراردادی: کنز الدقائق فی فروع الحنفیة. شرح

عنوان: فتح الله المعین علی شرح منلا مسکین

کاتب: تاریخ کتابت:

محل نشر: [قاهره] ناشر: جمعیة المعارف المصریة تاریخ نشر: ۱۲۸۷ق.

صفحه شمار: ج.٢ (٤٢٦ص.) مصور☐ درسی☐ گراور یا افست☐

زبان: عربی ابعاد: ٢٠٫٥x٢٢ نوع خط:

روش تهیه: وقفی☐ اهدایی☑ خریداری☐ ارسالی☐

توضیحات: دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی تاریخ ثبت: خرداد ۱۳۸۰

یادداشتها: عنوان دیگر: شرح منلا مسکین. حاشیه
حاشیه محمد ابی السعود المصری
شرح الکنز
چاپ سربی قدیم
مندرجات: الجزء الثانی. -

موضوع(ها): ۱. فراهی، معین الدین بن محمد، - ۹۰۹ق. شرح منلا مسکین - نقد و تفسیر. ۲. نسفی، عبدالله بن احمد، - ۷۱۰ق. کنز الدقائق فی فروع الحنفیة - نقد و تفسیر. ۳. فقه حنفی.

شناسه(های) افزوده: الف. فراهی، معین الدین بن محمد، - ۹۰۹ق. شرح منلا مسکین. حاشیه. ب. نسفی، عبدالله بن احمد، - ۷۱۰ق. کنز الدقائق فی فروع الحنفیة. شرح. ج. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، اهدا کننده. د. عنوان.

فهرستنگار: [signature] تاریخ فهرستنگاری: ۱۳ اسفند ۸۸

(فهرست الجزء الثانى من حاشية العلامة السيد محمد أبى السعود على شرح منلا مسكين)

صحيفه	
٢	كتاب النكاح
٦	مطلب جوامع الفقه
١٢	فصل فى المحرمات
١٦	مطلب جواز جمع الاختين فى الجنة
٢٦	باب الاولياء والاكفاء
٣٨	فصل فى الكفاءة فى النكاح
٤٦	باب المهر
٦٤	مطلب مفهوم المخالفة ليس بحجة فى كلام الشارع دون روايات الفقهاء
٧٣	باب نكاح الرقيق
٨٥	باب نكاح الكافر
٩١	باب القسم
٩٤	كتاب الرضاع
١٠٣	كتاب الطلاق
١٠٤	مطلب هل ينحصر الطلاق فى الثلاث فى حقه عليه السلام
١٠٩	مطلب جحود النكاح لا يكون طلاقا
١١٢	باب الطلاق الصريح
١٢٠	مطلب التطليق بلغة الترك هل هو رجعى
١٢٧	فصل فى الطلاق قبل الدخول
١٢٨	مطلب فيمن قال لامرأته أنت طالق واحدة وعشرين
١٢٩	باب الكنايات
١٣٦	باب تفويض الطلاق
١٣٩	فصل فى الامر باليد
١٤٢	فصل فى المشيئة
١٤٦	باب التعليق
١٥٨	باب طلاق المريض
١٦٤	باب الرجعة
١٦٩	فصل فيما تحل به المطلقة
١٧٣	باب الايلاء
١٨٠	باب الخلع
١٨٧	باب الظهار
١٩١	فصل فى الكفارة

صحيفه	
١٩٧	باب اللعان
٢٠٦	باب العنين والمجبوب والخصى
٢١٠	باب العدة
٢٢٠	فصل فى الاحداد
٢٢٣	باب ثبوت النسب
٢٣٠	باب الحضانة
٢٣٦	باب النفقة
٢٥٢	كتاب الاعتاق
٢٦٢	باب العبد يعتق بعضه
٢٧٣	باب الحلف بالعتق
٢٧٥	باب العتق على جعل
٢٧٩	باب التدبير
٢٨٣	باب الاستيلاد
٢٩٠	كتاب الايمان
٣٠٥	باب اليمين فى الدخول والسكنى والخروج والاتيان وغير ذلك
٣١٣	باب اليمين فى الاكل والشرب واللبس والكلام
٣٢٨	باب اليمين فى الطلاق والعتاق
٣٣١	باب اليمين فى البيع والشراء والتزويج والصوم والصلاة وغيرها
٣٤٢	باب اليمين فى الضرب والقتل وغير ذلك
٣٤٨	كتاب الحدود
٣٥٧	باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لا يوجبه
٣٦٤	باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها
٣٧٠	باب حد الشرب
٣٧٤	باب حد القذف
٣٨٤	فصل فى التعزير
٣٩١	كتاب السرقة
٣٩٩	فصل فى الحرز
٤٠٤	فصل فى كيفية القطع واثباته
٤١١	باب قطع الطريق
٤١٧	كتاب السير
٤٢٥	باب الغنائم وقسمتها

كتابخانه آستان قدس مشهد
شماره ثبت ٢٢١٧٢٧
تاريخ خرداد ٨٠

صحيفه

٤٣٢ فصل فى كيفية القسمة
٤٣٧ باب استيلاء الكفار بعضهم على بعض أو على اموالنا
٤٤٠ باب المستأمن
٤٤٢ فصل لا يمكن مستأمن
٤٤٥ باب العشر والخراج والجزية
٤٥٠ فصل الجزية
٤٥٨ باب المرتدين
٤٦٨ باب البغاة
٤٧١ كتاب اللقيط
٤٧٥ كتاب اللقطة
٤٨١ كتاب الآبق
٤٨٤ كتاب المفقود
٤٨٧ كتاب الشركة
٥٠٠ كتاب الوقف
٥٢٠ كتاب البيوع
٥٣٢ فصل فيما يدخل تحت البيع بلا ذكر

صحيفه

٥٣٨ باب خيار الشرط
٥٤٦ باب خيار الرؤية
٥٥٢ باب خيار العيب
٥٦٥ باب البيع الفاسد
٥٦٩ مطلب فى حكم اجارة البرك لصيد السمك
٥٧٩ فصل فى احكام البيوع الفاسدة
٥٨٥ باب الاقالة
٥٨٩ باب التولية والمرابحة
٥٩٣ فصل فى التصرف فى المبيع والثمن قبل القبض
٥٩٩ باب الربا
٦٠٥ باب الحقوق
٦٠٦ باب الاستحقاق
٦١١ فصل فى بيع الفضولى
٦١٦ باب السلم
٦٢٥ المتفرقات
٦٣٣ كتاب الصرف

هـــــــــــذا

الجزء الثانى من حاشية العلامة السيد محمد
أبى السعود المصرى الحنفى المسماة
بفتح الله المعين على شرح الكنز
للعلامة محمد منلا مسكين
رحمهما الله
تعالى
آمين

٢

٦ اهدائى به
کتابخانه آستان قدس رضوی
دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی

(الجزء الثانى)

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب النكاح)

ليس لنا عبادة شرعت من عهد آدم الى الآن ثم تستمر فى الجنة الا النكاح والايمان درر وهو افضل من التخلى من وجوه الاول ان السنن مقدمة على النوافل بالاجماع الثانى انه ورد الوعيد على تركه بخلاف النوافل *الثالث انه عليه الصلاة والسلام واظب عليه وثبت عليه بحيث لم يخل عنه بل كان يزيد عليه ولو كان التخلى للنوافل افضل لفعله واذا ثبت افضليته فى حقه ثبت فى حق امته لان الاصل فى الشرائع هو العموم والخصوص بدليل والرابع انه سبب موصل الى ما هو مفضل على النوافل لانه سبب لصيانة النفس عن الفاحشة ولصيانة نفسها عن الهلاك بالنفقة والسكنى واللباس ولحصول الولد الموحد بحر فان قيل ان الله تعالى مدح يحيى عليه السلام بكونه سيدا وحصورا وهو من لا يأتى النساء مع القدرة عليه فلو كان الاشتغال به افضل لما استحق المدح بتركه قلنا نحن لا ننكر فضل التخلى للعبادة واستحقاق المدح به ولكن نقول الاشتغال بالنكاح افضل ويحتمل ان يكون ذلك فى شريعتهم ثم نسخ فى شريعتنا فصارت العشرة افضل من العزلة كما نسخت الرهبانية والخصا زيلعى والخصاء هو الاعتزال عن النساء كما تفعل الرهبان كانه خصى معنى شيخنا عن خط الزيلعى (قوله لابد له من المال) اى فى تحصيل السنة ان كان سنة وفى الخروج عن عهدة الواجب ان كان واجبا حموى (قوله فتناسبا) ولانه قد اجتمع فيه

(كتاب النكاح)
النكاح لابد له من المال كما ان الحج لا يجب الا على من له المال فتناسبا

(قوله ليس لنا عبادة الخ فيه نظر اما اولا فان كونه عبادة فى الدنيا انما هو لكونه سببا لكثرة المسلمين ولما فيه من الاعفاف وهذا مفقود فى الجنة واما ثانيا فلان الذكر والشكر فى الجنة اكثر منهما فى الدنيا غايته ان ذلك بالطبع لا بالتكلف لان حال العبد كحال الملائكة حينئذ وتمامه فى الحموى على الاشباه

دواعى الشرع والعقل والطبع ولم تجتمع فى حكم من احكام الشرع غيره نهر فاما دواعى الشرع من الكتاب والسنة والاجماع فظاهر واما دواعى العقل فان كل عاقل يحب ان يبقى اسمه ولا يمحى رسمه وما ذاك غالبا الا ببقاء النسل واما الطبع فان الطبع يدعو الى تحقيق ما اعد من المباضعات والمضاجعات فلا مزجرة فيها اذا كانت باذن الشرع وان كانت بدواعى الطبع بل يؤجر عليه بخلاف سائر المشروعات عناية (قوله وهو فى اللغة الضم) هذا احد اقوال اربعة وقيل انه حقيقة فى الوطء مجاز فى العقد وعليه مشايخنا وقيل عكسه وعليه الشافعى وقيل مشترك لفظى فيهما والمتبادر من لفظ الضم تعلقه بالاجسام لا الاقوال لانها اعراض يتلاشى الاول منها قبل وجود الثانى فلا يصادف الثانى ما ينضم اليه فوجب كونه مجازا فى العقد لانه يؤول الى الضم لان الزوجين حالة الوطء يجتمعان وينضم كل الى صاحبه حتى يصيرا كالشخص الواحد شرنبلالية اولانه سببه كما ذكره الشارح واعلم ان ما ذكره الشارح مختار صاحب المحيط وغيره كصاحب الكافى والكفاية والزيلعى وهو بظاهره مخالف لما فى المغرب والعناية من ان النكاح الوطء ثم قيل للتزويج مجازا لانه سبب الوطء المباح وقولهم النكاح الضم مجاز ايضا الا ان هذا من تسمية المسبب باسم السبب والاول بالعكس حموى وقوله الا ان هذا من تسمية المسبب اى الذى هو الضم باسم السبب الذى هو النكاح بمعنى العقد وقوله والاول بالعكس وهو تسمية السبب الذى هو التزويج باسم المسبب الذى هو النكاح بمعنى الوطء شيخنا (قوله ثم يستعمل فى الوطء الخ) اى حقيقة كذا ذكره شيخنا قال ووجهه كما ذكره الكمال ان الوطء من افراد الضم والموضوع للاعم حقيقة فى كل من افراده كانسان فى زيد فهو من قبيل المشترك المعنوى اه قال فى الشرنبلالية وعارضه صاحب البحر بما لم يرتضه شيخنا يعنى المحبى (قوله وفى العقد) اى مجازا بدليل ما ذكره الشارح من التعليل شيخنا (قوله هو عقد يرد) أى يفيد او يثبت بحر والاقرب ان يكون بمعنى يأتى نهر قال فى الشرنبلالية والمراد بالعقد الحاصل بالمصدر احترازا عن المعنى المصدرى الذى هو فعل المتكلم كذا افاده المصنف يعنى صاحب الدرر فى مناهيه اه وتحقيق هذا المقام يعلم بمراجعة نوح افندى (تتمة) فى شرح المنهاج للعلامة ابن حجر ما يفيد ان انكحة أهل الجنة بالعقد كما فى الدنيا حموى (قوله على ملك المتعة) اى النكاح عقد يرد على ملك المتعة فى عرف اهل الشرع وهم الفقهاء لانه متى اطلق فى الكتاب والسنة مجردا عن القرائن فهو للوطء فقد تساوى المعنى اللغوى والشرعى ولهذا قال قاضيخان انه فى اللغة والشرع حقيقة فى الوطء مجاز فى العقد شرنبلالية عن البحر والمتعة حل استمتاع الرجل من المراة كما فى الدرر وهو يشير الى ان الحق فى التمتع للرجل لا للمرأة ويتفرع عليه ما ذكره الابيارى شارح الكنز فى شرحه للجامع الصغير فى شرح قوله عليه السلام احفظ عورتك الا من زوجتك أو ما ملكت يمينك من ان للزوج ان ينظر الى فرج زوجته وحلقة دبرها بخلافها حيث لا تنظر اليه اذا منعها من النظر (قوله احترازا عن البيع) والهبة ونحوهما زيلعى واراد بنحوهما الوصية حموى (قوله الا انه يرد تبعا لا قصدا) اذا لم يوجد ما يمنعه عينى وفى العبارة طول وكان يكفيه ان يقول لانه عقد يرد على ملك المتعة تبعا حموى (قوله واصله النفع الحاضر) وفى بعض النسخ الخاص فليحرر حموى (قوله وهو اسم من متع) اى

وهو فى اللغة الضم ثم استعمل فى الوطء لوجود الضم فيه وفى العقد لانه سببه (هو عقد يرد على ملك المتعة قصدا) احترازا عن البيع لانه عقد يرد على ملك المتعة ايضا الا انه يرد تبعا لا قصدا والمتاع فى اللغة كل ما انتفع به واصله النفع الحاضر وهو اسم من متع كالسلام من سلم ومتعة الحج ومتعة النكاح ومتعة الطلاق كلها من ذلك لما فيها من النفع كذا فى المغرب

مطلب فى انكحة اهل الجنة

اسم مصدر ومتع بالتشديد حموى (قوله وهو سنة) مؤكدة على الاصح عند القدرة على المهر والنفقة والوطء مع عدم الخوف من الزنا والجور وترك الفرائض والسنن نهر ثم اعلم ان قوله وهو سنة وعند التوقان واجب بيان لصفته لان له سببا وشروطا وركنا وحكما وصفة فصفته ما ذكره المصنف من كونه سنة أو واجبا وسببه تعلق بقاء العالم به بالتناسل وشرطه نوعان عام وخاص فالاول المحل القابل وهي امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي فخرج الذكر والخنثى المشكل لجواز ان يكون ذكرا وبقوله لم يمنع الخ الجنية فلا يجوز نكاحها وأجازه الحسن البصرى بشهود والمحارم أيضا وسقوط الحد عند الامام لما انها محل في الجملة بدليل حلها لغيره ولم يسقطاه نظرا الى سلب محليتها وعليه الفتوى نهر وكذا خرج بقوله لم يمنع الخ انسان الماء ايضا لاختلاف الجنس شيخنا عن منية المفتى ومن شرطه العام الاهلية من العقل والبلوغ في الولي لا في الزوجين ولا في متولي العقد نهر ويزاد الحرية كما في الزيلعي وشرطه الخاص سماع اثنين بوصف خاص الايجاب والقبول شرنبلالية والظاهر ان المراد بالوصف الخاص الفهم وما في الزيلعي من قوله وشرطه الخاص الاشهاد فيه قصور وركنه الايجاب والقبول ولو حكما كاللفظ القائم مقامهما كما في الشرنبلالية يعني من متولي الطرفين شيخنا وحكمه ثبوت الحل والملك له وثبوت حرمة المصاهرة زيلعي ثم النكاح عبارة عن مجموع الايجاب والقبول والارتباط الحاصل بينهما فالايجاب والقبول من اركان النكاح وقيل النكاح عبارة عن الارتباط المذكور والايجاب والقبول شرط حموى عن البرجندي وايضاح هذا المقام يعلم بمراجعة نوح افندى (قوله وقال الشافعي مباح الخ) لان النكاح من المعاملات حتى صح من الكافر والعبادة أولى منها لانها شرعت لله وشرع المعاملات للعباد ولنا قوله عليه السلام من كان على ديني ودين داود وسليمان وابراهيم فليتزوج وان لم يجد اليه سبيلا فليجاهد في سبيل الله فجعل النكاح من الدين وقدمه على الجهاد واختار لنفسه الاشتغال به فثبت انه أفضل وقد هم قوم ان يتخلوا للعبادة ويطلقوا نساءهم فرد عليهم وقال تناكحوا توالدوا تكثروا فاني أباهي بكم الامم يوم القيمة هذا أمر وقد عرف مقتضاه في موضعه وقال عليه السلام النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني زيلعي (قوله وعند التوقان الخ) فان تيقن الزنا الا به فرض درر ووجوب التزوج ان كان بحال يخاف الوقوع في الزنا يحمل على ما اذا لم يقدر على التسري كما في النهر وينبغي ان يراعى هذا في جانب الافتراض ايضا ولا بد في الوجوب من القدرة على المهر والنفقة وان لا يخاف الجور أي الظلم فان خافه بحيث لا يمكنه الاحتراز عنه حرم والا كره وان خاف العجز عن الايفاء بمواجبه كان مباحا فاقسامه ستة بحر ولم يذكر الحرام منه لانه ليس من صفاته الخاصة نهر وفيه ان السنية والوجوب ليستا من صفاته الخاصة به أيضا حموى ويندب اعلانه وتقديم خطبته وكونه في مسجد يوم جمعة بعاقد رشيد وشهود عدول والاستدانة له والنظر اليها وكونها دونه نسبا وحسبا وعزا ومالا وفوقه خلقا وادبا وورعا وجمالا وهل يكره الزفاف المختار لا ان لم يشتمل على مفسدة دينية در فان تزوج امرأة لعزها وحسبها ومالها وجمالها لا يزداد الا ذلا وفقرا ودناءة ولا يتزوج مسنة للحديث سوداء ولود خير من حسناء عقيم ونكاح البكر أحسن واختلف في ضرب الدف الخالي عن الجلاجل وفي الغناء في العرس والوليمة ومنهم من قال بعدم الكراهة بحر ونهر والزفاف مصدر زففت العروس الى زوجها ازف بالضم زفا وزفافا وازدففتها بمعنى والمزفة المحفة التي ترف فيها العروس شيخنا عن الصحاح والظاهر ان الواو فيما سبق من قوله فان تزوج امرأة لعزها الخ بمعنى أو (قوله بالحركات الثلاث) اراد بها فتح التاء والواو والقاف وكان القياس هنا قلب الواو الفا لوجود موجب الاعلال حموى وهو تحرك الواو وانفتاح ما قبلها شيخنا (قوله أي عند اشتياق النفس الى النساء) والمراد شدة الاشتياق كما في الزيلعي بحيث يخاف الوقوع في الزنا (قوله وفرض كفاية عند بعض اصحابنا) ظاهر سياق كلام الشارح يقتضي ان الاختلاف في كونه فرض كفاية بالنسبة لحالة التوقان وهو خلاف ما يظهر من سياق كلام النهر حيث ذكر الاختلاف في كونه فرض كفاية أو واجبا على الكفاية أو على

مطلب في حرمة المناكحة بين بني آدم والجن وانسان الماء

(وهو سنة) وقال الشافعي مباح والافضل التخلي وعندنا هو افضل من التخلي لنفل العبادات (وعند التوقان) بالحركات الثلاث (واجب) وهو مصدر تاقت نفسه الى كذا اشتاقت اى عند اشتياق النفس الى النساء وعند الشافعي سنة ثم النكاح فرض عين عند اصحاب الظواهر وفرض كفاية عند بعض اصحابنا

التعيين بالنسبة لحالة الاعتدال قال وينبغي ترجيح الوجوب على التعيين لثبوت المواظبة عليه والانكار على من رغب عنه وبهذا يضعف القول باستحبابه جدا لكن قال في الفتح كثيرا ما يتساهل في اطلاقه على السنة (قوله وينعقد) أي يحصل ويتحقق درر (قوله بايجاب وقبول) الايجاب لغة الاثبات وعرفا الصيغة الصالحة لافادة ذلك العقد بقيد كونها أولا حموى سمي الايجاب ايجابا لانه يوجب وجود العقد اذا اتصل به القبول أو يثبت للآخر خيار القبول وليست الباء للاستعانة كما في كتبت بالقلم لانه ينافي كون الايجاب والقبول اجزاء مادية فهي للملابسة كما في بنيت البيت بالحجر والمدر درر وقد اشتمل التعريف على العلل الاربع فالايجاب والقبول في العقد علة مادية وكل من الموجب والقابل علة فاعلية والعقد الحاصل علة صورية وملك الاستمتاع هو العلة الغائية ولا خفاء في تقدمها ذهنا وان تأخرت خارجا نهر والانعقاد ارتباط أحد الكلامين بالآخر على وجه يسمى باعتباره عقدا شرعيا وخرج بالايجاب والقبول الاقرار فلو قالت هو زوجي لم ينعقد على المختار واختار ابن الفضل انعقاده وحكاه في التنوير بقيل اذا كان بحضرة من الشهود وقوله لا ينعقد بالاقرار لا ينافيه ما صرحوا به من ان النكاح يثبت بالتصادق لان المراد بقولهم لا ينعقد بالاقرار أي لا يكون من صيغ العقد أي لا يكون لانشاء العقد والمراد من قولهم انه يثبت بالتصادق ان القاضي يثبته بالتصادق ويحكم به شيخنا عن خط الشيخ عبد الباقي المقدسي معزيا للحانوتي وفي الدرر عن قاضيخان ينبغي ان يكون الجواب على التفصيل ان اقرا بعقد ماض ولم يكن بينهما عقد لا يكون نكاحا وان اقرت المرأة انه زوجها واقر الرجل انها امرأته يكون ذلك نكاحا ويتضمن اقرارهما بذلك انشاء النكاح بينهما بخلاف ما اذا اقرا بعقد لم يكن فانه كذب محض انتهى ولو قال لها يا عرسي فقالت لبيك انعقد على المذهب وخرج القبول بالفعل كقبض المهر وكذا لا ينعقد بالتعاطي وكذا بكتابة حاضر بل غائب بشرط اعلام الشهود بما في الكتاب در ويوضحه ما في البحر حيث قال وافاد المصنف ان انعقاد النكاح بكتابة احدهما يشترط فيه سماع الشاهدين قراءة الكتاب مع قبول الآخر سواء كتب زوجي نفسك مني فبلغها الكتاب فقالت زوجت أو كتب تزوجتك وبلغها الكتاب فقالت زوجت نفسي لكن في الوجه الاول لا يشترط اعلام الشهود وفي الوجه الثاني يشترط ظهيرية قال في البحر فقولهم يشترط حضورهما وقت قراءة الكتاب ليس على اطلاقه وهو مبني على ان صيغة الامر توكيل فقولها زوجت نفسي منه قائم مقام الايجاب والقبول فاكتفى بسماعه لانها تتولى طرفي العقد بحكم الوكالة ولا يشترط الاشهاد على التوكيل واما على من جعل الامر ايجابا فلا بد من سماع قراءة الكتاب انتهى فما في الدر من قوله بشرط اعلام الشهود بما في الكتاب انما يتمشى على اطلاقه على القول بان الامر ايجاب وكذا لا ينعقد بتزوجت نصفك في الاصح بل لا بد ان يضيفه الى كلها او ما يعبر به عن الكل ومنه الظهر والبطن على الاشبه ذخيرة ورجحوا في الطلاق خلافه فيحتاج للفرق در قال في زواهر الجواهر وقد يقال ان الفروج يحتاط فيها فلا يكفي ذكر البعض لاجتماع ما يوجب الحل والحرمة في ذات واحدة فترجح الحرمة وهو مقتضى ما في الاشباه اذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام وقد علل قاضيخان بما ذكرنا حيث قال ولو اضاف النكاح الى نصف المرأة فيه روايتان والاصح انه لا يصح لاجتماع ما يوجب الحل والحرمة في ذات واحدة فترجح الحرمة اقول وقد صحح في الظهيرية انه ينعقد ويكون على هذا من فروع قاعدة ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله ومثله في حاشية الاشباه للحموى ومن شرط الايجاب والقبول اتحاد المجلس لو حاضرين وان طال كمخيرة در وان يكون القبول بعد ذكر ما اتصل بالايجاب من ذكر المهر حتى لو قبل قبله لا يصح كقولها تزوجتك بمائة دينار فقبل ان تقول بمائة قبل لا ينعقد لان اول الكلام يتوقف على اخره اذا كان في آخره ما يغير اوله شرنبلالية عن الفتح وان لا يخالف الايجاب القبول كقبلت النكاح لا المهر وان كان المال فيه تبعا شرنبلالية ايضا عن البحر نعم يصح الحط كزيادة قبلت في المجلس وان لا يكون مضافا ولا معلقا در فلو اختلف المجلس لم ينعقد بان اوجب احدهما فقام الآخر قبل القبول او اشتغل بعمل آخر ومنه ما لو عقدا

(وينعقد) النكاح (بايجاب وقبول)

وهما عشيان او يسيران على دابة بخلاف مالو كانا فى سفينة وأن تعلم المنكوحة فلو زوج بنته منه وله بنتان لا يصح الا اذا كانت احداهما متزوجة فينصرف للفارغة نهر عن البزازية قال الحانوتى لعل المراد ان لا تكون مجهولة للشهود لانه لابد من التمييز عند الشاهدين ويأتى فى فصل لابن العم ان يزوج بنت عمه الخ لا ان المراد ان تكون معلومة للزوج لما قالوا من انه لو وكله ان يزوجه امرأة فزوجه من شوهاء الخ ليس له الخيار اللهم الا ان يقال هناك معرفة الوكيل هى المعتبرة لانه قائم مقامه وبالجملة لم أطلع الا على العلم للشهود وأما علم الزوج فلم أطلع عليه الى الان شيخنا عن خط الشيخ عبد الباقى المقدسى (قوله وضعا للمضى) أى وضعا فى أصل اللغة للاخبار عما حدث فى الزمان الماضى وانما اشترط ذلك لان البيع انشاء تصرف شرعى والنكاح كذلك والتصرف الشرعى لا يعرف الا بالشرع والشرع قد استعمل اللفظ الموضوع للاخبار عن الماضى لغة فى الانشاء ليدل على التحقيق والثبوت فيكون أدل على قضاء الحاجة درر (قوله أو أحدهما) للمضى والآخر لغيره مستقبلا كالامر أو حالا كالمضارع بناء على انه موضوع له أما الاول فكما اذا قال زوجينى نفسك أو كونى امرأتى فقالت زوجتك أو قبلت أو بالسمع والطاعة وادعى فى شرح الدرر ان مازعمه المصنف من ان الامر ايجاب مخالف للكتب بل هو توكيل ورد بان ماذكره المصنف ليس نصا فى انه ايجاب اذ كون أحدهما للماضى يصدق بكون الثانى للحال ولئن سلمناه لا نسلم انه مخالف لكلامهم وأما الثانى وهو المضارع فان كان مبدوا بالهمزة كاتزوجك أو بالتاء كتزوجينى نفسك فقبلت انعقدان لم يقصد به الاستقبال بخلاف الاول والمبدوء بالنون كنتزوجك اونزوجك من ابنى كالمبدوء بالهمزة نهر (قوله لاجل الفصل) بالجار والمجرور حموى (قوله بان يقول زوجنى الخ) الاولى كان يقول حموى وهو صريح فى ان الامر ايجاب وقد صرح به قاضيخان حيث قال لفظة الامر فى النكاح ايجاب وكذا الطلاق والخلع والكفالة والهبة الخ وكذا فى الخلاصة وذهب صاحب الهداية والمجمع الى ان الامر ليس بايجاب وانما هو توكيل وقوله زوجتك قائم مقام اللفظين أى الايجاب والقبول بخلافه فى البيع لما عرف من ان الواحد فى النكاح يتولى الطرفين بخلاف البيع أى لا يكون الواحد فيه أصيلا ووكيلا وهذا التوكيل ضمنى فلا ينافيه اقتصاره على المجلس فاندفع ما اعترض به منلا خسرو من ان صاحب الكنز خالف الكتب ولم يتنبه لما فى الهداية مع ان الراجح كونه ايجابا بحر فعلى ما هو الراجح من ان الامر ايجاب يكون تمام العقد قائما بالموجب والقابل وأما على انه توكيل فالواحد فى النكاح يتولى طرفى العقد فيكون تمام العقد قائما بالمجيب ولو قال باسم الفاعل كجئتك خاطبا ابنتك أو لتزوجنى ابنتك فقال الاب زوجتك فالنكاح لازم وليس للخاطب أن لا يقبل لعدم جريان المساومة فيه شرنبلالية عن الفتح (قوله وانما يصح الخ) اعلم ان الالفاظ التى ينعقد بها النكاح نوعان صريح وكناية فالصريح لفظ النكاح والتزويج وما عداهما وهو ما يفيد ملك العين فى الحال كناية ومن ثم أورد كيف صح بهذه الالفاظ مع اشتراط الشهادة فيه والكناية لابد فيها من النية ولا اطلاع للشهود عليها واجيب بانها ليست بشرط مع ذكر المهر قال السرخسى ولان كلامنا فيما اذا صرحا به أى بالمهر ولم يبق احتمال نهر وان لم يذكر يعنى المهر فلابد من النية شيخنا عن ابن فرشته ونقل الزيلعى عن جوامع الفقه ما نصه كل لفظ وضع لتمليك العين فى الحال ينعقد به النكاح ان ذكر المهر والا فبالنية واعلم ان جوامع الفقه تصنيف ابى يوسف (قوله بلفظ النكاح والتزويج) وبما يؤدى معناهما فان العبرة فى العقود للمعانى حتى النكاح كما صرحوا به وحينئذ لا يرد انه ينعقد بلفظ المراجعة ان ذكر المال كما فى الخانية وان خصه بعضهم بالمبانة دون الاجنبية كرددتك وبلفظ التعريس كعرستك نفسى كما فى الخانية ايضا حموى (قوله بان يقول نكحتك اوتزوجتك) لكن النكاح ينسب الى المتزوجين والتزويج الى الولى او المراة والنكاح يتعدى الى مفعول واحد والتزويج الى مفعولين يقال نكح الرجل امراة وزوجه اياها واما قولهم زوجت منه امراة فليس من كلام العرب حموى عن البرجندى ويشترط سماع كل من العاقدين لفظ الآخر اذ لولاه لم يتحقق الرضا من الطرفين فلا ينعقد النكاح درر وفيه بحث وهو ان ظاهر هذا التعليل

(وضعا للمضى) بان يقول زوجت ويقول تزوجت (او احدهما) عطف على الضمير المرفوع فى وضعا مع عدم التأكيد لاجل الفصل بان يقول زوجنى فيقول زوجتك (وانما يصح عقد النكاح (بلفظ النكاح والتزويج) بان يقول نكحتك أو تزوجتك وقالت قبلت

مطلب جوامع الفقه تصنيف ابى يوسف

يقتضى ان نكاح المكره غير صحيح وهو فى طرف المنع اذ النكاح من الاشياء التى لا يؤثر فيها الاكراه كالطلاق والعتاق واليمين قال فى التنوير وغيره وصح نكاحه يعنى المكره وطلاقه وعتقه ورجع بقيمة العبد ونصف المسمى ان لم يطأ فالصواب ان يسقط لفظ الرضا من البين ويقال فى التعليل اذ لولا السماع لم ينعقد النكاح ووجهه ان السماع شرط فى الايجاب والقبول كما صرح به فى المعتبرات واذا فقد الشرط فقد المشروط ومعلوم ان النكاح لا ينعقد بدونهما الانهمار كان له حموى واقول فى قوله وفيه بحث الى قوله وهو فى طرف المنع نظر ظاهر اذ غاية ما يستفاد من عبارة الدرر عدم انعقاده عند عدم الرضا منهما معا وهو مسلم وليس فيه ما ينافى صحة انعقاده اذا وجد الرضا من جانبها وان كان هو مكرها حتى يستقيم الرد عليه بعبارة التنوير والحاصل ان الرضا من جانبها شرط لا من جانبه استفيد هذا من مجموع عبارة القهستانى والتنوير اما استفادة اشتراط رضاها فمن كلام القهستانى حيث صرح بفساده اذا كان الاكراه من جهتها ذكر ذلك فى فصل المهر واما عدم اشتراط رضاه هو فلما سبق عن التنوير من قوله وصح نكاحه يعنى المكره ومن هنا يعلم سقوط ما ذكره من التصويب وقوله فى التنوير ورجع بقيمة العبد الخ يعنى اذا اعتقه مكرها رجع على المكره بقيمة العبد وبنصف المسمى ان طلقها مكرها قبل الوطء (قوله وما وضع لتمليك العين فى الحال) اعترض بلفظ الشركة فانه يفيد تمليك العين ولا ينعقد به النكاح لانه كتمليك البعض بمنزلة تزويج النصف كذا نقل عن الناطفى وقال صاحب المحيط المراة لا تتجزا فى محلية النكاح فاذا اضيف النكاح الى نصفها يصح كما فى الطلاق فلا يرد الاعتراض حموى عن البرجندى (قوله كالهبة) والجعل والسلم ان جعلت راس مال السلم فان كانت مسلما فيها قيل لا ينعقد لان السلم فى الحيوان لا يصح وقيل ينعقد لانه اذا اتصل به القبض افاد ملك الرقبة ملكا فاسدا وليس كل ما يفسد المعنى الحقيقى للفظ يفسد مجازيه فقولهم الاصح انعقاده بلفظ البيع والشراء يعنى ولو فاسدا وفى الصرف والقرض والصلح والرهن قولان وينبغى ترجيح انعقاده بالصرف عملا بالكلية لانه يفيد ملك العين فى الجملة وبه ترجح ما فى الصيرفية من تصحيح انعقاده بالقرض وان رجح فى الكشف وغيره عدمه وجزم السرخسى بانعقاده بالصلح والعطية ولم يحك الاتقانى غيره ورجح فى الولوالجية عدم انعقاده بلفظ الرهن وهو الموافق للكلية وجعله فى فتح القدير من القسم الذى لا خلاف فى عدم الانعقاد به والواقع ثبوته نهر عن البناية واعلم انه يشترط لانعقاده بلفظ الهبة طلب الرجل منها النكاح حتى لو طلب منها التمكين من الوطء فقالت وهبت نفسى منك وقبل لا يكون نكاحا خانية وفى كشف البزدوى تشترط النية فى لفظ الهبة حموى عن البرجندى (قوله ولا ينعقد بالاجارة) اى بالراء المهملة بدليل قوله خلافا للكرخى لان عدم انعقاده بالاجازة بالزاى المعجمة مما لا خلاف فيه على ما يعلم من كلامهم ولو جعلت المراة اجرة ينبغى ان ينعقد اجماعا لانه يفيد ملك الرقبة زيلعى بان قال لرجل استاجرت دارك بابنتى هذه شيخنا عن الحلبى وكذا اذا جعلت بدل خلع بان قال اجنبى اخلع زوجتك ببنتى هذه فقبل صح نهر (قوله خلافا للكرخى) فالكرخى يقول انه ينعقد بلفظ الاجارة والاعارة كما ذكره العينى فما ذكره الشارح لا يخالف ما ذكره العينى وقد سبق نظر السيد الحموى فيه (قوله لانها لم توضع لتمليك العين) كتمتع ورهن ورضا وابراء واقالة واعتاق وكتابة ونحوها مما لا يفيد الملك فى الحال وذكر الشركة هنا فى كلام السيد الحموى باعتبار ان المراد بما يفيد ملك العين اى فى كلها فخرج ما افاده فى البعض فقط وهو الشركة بناء على القول بعدم صحة اضافة النكاح الى نصفها ونحوه كجزء شائع وقد علمت ما فيه وكذا الخلع والولاء والايداع كما فى حاشية الحموى عن المبسوط والمحيط فان قلت ان السيد الحموى عزا ما سبق من عدم انعقاده بالتمتع والاجارة بالزاى والرضا والابراء والاقالة والشركة والاعتاق والكتابة للزيلعى مع ان بعض هذه المذكورات لا وجود له فى الزيلعى قلت اشار شيخنا الى الجواب حيث ذكر ان عزوه للزيلعى بحسب ما دل عليه قول الزيلعى ونحوها ولهذا قال الشلبى فى حواشى الزيلعى قوله ونحوها اى الشركة والاعتاق والكتابة والولاء والايداع انتهى ومنه يعلم ان الحموى لو عزا جميع ما ذكره للزيلعى لكان

قوله والحاصل ان الرضا الخ هذا مخالف لعباراتهم فانها مطلقة فى ان نكاح المكره صحيح ولفظ المكره شامل للرجل والمراة وتمام تحقيقه فى رد المحتار فليراجع اه بحراوى

(وما وضع) اى يصح ما وضع (التمليك العين فى الحال) كالهبة والصدقة والتمليك والبيع قال الاعمش لا ينعقد بالبيع ولا ينعقد بالاجارة خلافا للكرخى لانها لم توضع لتمليك العين

صحيحا الشمول ونحوها وكان ينبغيه عن عزو بعضها المبسوط والمحيط واعلم ان كل لفظ لا ينعقد به النكاح يثبت به الشبهة فيسقط الحد ولها الاقل من المسمى ومهر المثل (قوله ولا بلفظ الاحلال والاباحة) لان لفظهما لا يوجبان ملكا اصلا فان من احل لغيره طعاما او اباحه لا يملكه وانما يتلفه على ملك المبيح عناية واعلم ان الاقسام فى الالفاظ التى ينعقد بها النكاح اربعة الاول ما ينعقد بلا خلاف وهو لفظ النكاح والتزويج والهبة والصدقة والتمليك الثانى ما لا ينعقد بلا خلاف وهو الاباحة والاحلال والاعارة والرهن والتمتع الثالث ما فيه خلاف والصحيح الانعقاد وهو البيع والشركة والسلم والصرف والقرض والصلح الرابع ما فيه خلاف والصحيح انه لا ينعقد وهو الاجارة والوصية المطلقة كذا ذكره الشيخ قاسم وجعله الرهن مما لا ينعقد به من غير خلاف يخالفه ما سبق عن النهر حيث حكى فيه قولين (قوله لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت) وعن هذا قيد الكرخى المسئلة بما اذا اطلق او اضاف أما اذا قال اوصيت لك ببنتى الآن انعقد لانه حينئذ صار مجازا عن التمليك وارتضاه غير واحد قال فى الفتح وينبغى ان لا يختلف فى صحته حينئذ وخالف فى البحر فقال المعتمد الاطلاق لان الوصية مجاز عن التمليك فلو انعقد بها لكان مجازا عن النكاح والمجاز لا مجاز له قال الحموى قلت فيه نظر فليتدبر قال شيخنا وجهه انه مجاز عن الحقيقة بمرتبتين لا مجاز عن المجاز هما كون الوصية مجازا عن التمليك وكونه مجازا عن النكاح واجاب فى النهر بان معنى كون الوصية مجازا عن التمليك اذا قال الآن اى الخاص الذى هو النكاح لا المطلق فلا يرد ان المجاز لا مجاز له واعلم انه يرد على كلام المصنف ما لو قال زوج ابنتك منى فقال ارفعها واذهب بها حيث شئت يكون نكاحا عند ابن الفضل خلافا للولوالجية ولو قال جئتك خاطبا فقال الاب ملكتك كان نكاحا ولو قال صرت لى او صرت لك كان نكاحا عند القبول وقيل بخلافه ولو قال زوجى نفسك منى فقالت بالسمع والطاعة فهو نكاح واجاب فى البحر بان العبرة فى العقود للمعانى حتى فى النكاح كما صرحوا به وهذه الالفاظ تؤدى معناه انتهى يعنى انه اراد لفظ النكاح والتزويج وما يؤدى معناهما وفيه ما لا يخفى نهر ولم يظهر لى وجه الورود فيما اذا قال جئتك خاطبا فقال ملكتك لانه يفيد ملك العين للحال واعلم انه لا ينعقد بالالفاظ المصحفة اتفاقا كتجوزت ودخل تحت الكاف ازوجت بزيادة الهمزة فانه لا وجود له لغة فكان من التعريف والغلط فلا يكون حقيقة ولا مجازا الا ان يصطلح على الانعقاد بالالفاظ المصحفة والمحرفة قوم فيكون وضعا جديدا كما افتى به ابو السعود درالا ازوجت فانه استخراج كاتبه حين سئلت عنه وراجعت اللغة فلم اجده فكان تحريفا وغلطا لا حقيقة ولا مجازا لعدم العلاقة بينه وبين المتعة فلا تصح الاستعارة فلا اعتبار به اصلا كما فى التلويح انتهى كذا ذكره شيخنا وقوله حين سئلت عنه اى سئل عن انعقاده بلفظ ازوجت كما وقع من بعض اهل العلم يعنى الشيخ ابراهيم الفيومى المالكى وقال ان الانعقاد به مذهبنا حين اعترض عليه وقد علمت عدمه كذا ذكره شيخنا ايضا (قوله وعند الشافعى لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج) لان التمليك ليس حقيقة فيه ولا مجازا عنه لان التزويج للتلفيق والنكاح للضم حتى يراعى فيه مصالح المتناكحين ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة اصلا ولنا قوله تعالى وامراة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبى الآية وقوله عليه السلام ملكتكها بما معك من القرآن وردا فى النكاح ولان التمليك سبب لملك المتعة بواسطة ملك الرقبة فى محل يقبلها والسببية طريق من طرق المجاز زيلعى واحترز بقوله فى محل يقبلها عن البهائم والغلمان والمحارم شيخنا عن خط الزيلعى والمراد بالتلفيق الالتئام قال فى العناية يقال لفقت بين ثوبين ولفقت احدهما بالآخر اذا لفقت بينهما بالخياطة (قوله عند حرين الخ) وتقبل شهادة المأمور اذا لم يذكر انه عقده بل قال هذه امرأته بعقد صحيح ونحوه وان بين لا تقبل شهادته على فعل نفسه ويرد عليه شهادة نحو القبانى والقاسم فانها تقبل مع بيان انه فعله شرنبلالية عن البحر ولو تزوج بحضرة عبدين أو صبيين او كافرين لم يحرزفان بلغا او اسلما او اعتقا ثم شهدا عند القاضى اجزاه معين المفتى عن الحاوى اقول كيف يجزئه والحال ان النكاح وقع غير صحيح اذ يشترط لصحته حضور حرين او حر وحرتين مكلفين

ولا بلفظ الاحلال والاباحة والاعارة لان هذه الالفاظ لا توجب ملك العين ولا بلفظ الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت وعند الشافعى لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج (عند حرين) اى ينعقد عند حرين (او حر وحرتين

مسلمين فينبغى ان لا يحكم القاضى بهذه الشهادة اذا علم الحادثة اما اذا لم يكن عالما بالحادثة فلا كلام فى جواز القضاء بهذه الشهادة حموى (قوله عاقلين بالغين مسلمين) احترازا عما اذا كانا مجنونين او صبيين او كافرين والمراة مسلمة كما سياتى والمعتوهان كالصبيين والاصل ان كل من صلح ان يكون وليا فيه بولاية نفسه صلح ان يكون شاهدا فيه وقولنا بولاية نفسه لاخراج المكاتب فانه وان ملك تزويج امته لكن لا بولاية نفسه بل بما استفاد من المولى حموى عن البرجندى ثم الصبى والعبد وان لم يكونا اهلا للشهادة الا انهما أهل للتحمل حتى لو حضراه مع من تقبل شهادته ثم شهدا بعد البلوغ والعتق جاز نهر وقوله ثم شهدا الخ يعنى بعد ما جحد النكاح أحد الزوجين (قوله وقال مالك ليس بشرط) يشكل بما سيأتى من ان الاشهاد شرط فى الرجعة عنده (قوله انما الشرط الاعلان) وبه قال الزهرى وأهل المدينة لقوله عليه السلام اعلنوا النكاح ولو بالدف وعلى هذا قال مالك لو عقد بحضرة شاهدين وشرط كتمان العقد لا يجوز لما روينا ولما روى عنه عليه السلام انه نهى عن نكاح السر ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بشهود ولا يلزمنا ما روياه يعنى الزهرى ومالكا لانه بحضور الشاهدين يحصل الاعلان ويخرج من ان يكون سرا زيلعى (قوله ثم سماع الشاهدين كلام العاقدين الخ) وهو الاصح بحر ويتفرع عليه عدم انعقاده بحضرة النائمين والاصمين خلافا لمن فرق بينهما كالزيلعى وتبعه العينى فقال انه ينعقد بحضرة النائمين على الاصح دون الاصمين فى المختار لانه كما فى البحر تحكم لان من قال بانعقاده بالنائمين قال بانعقاده بالاصمين كما فى التجنيس وما فى النهر من حمل النائمين على الوسنانين لا يجدى نفعا الان انعقاده بحضرة النائمين مفرع على القول باشتراط الحضور فقط ولا يصح تفريعه على القول باشتراط السماع بتأويل النائمين بالوسنانين لان من يشترط السماع يشترط الفهم والوسنان وان سمع ما يقال عنده الا انه لا يفهمه حموى (قوله واعيد العقد فسمع الآخر) يعنى دون الاول لانه لو سمع الاول ايضا فلا خلاف فى الانعقاد مطلقا اتحد المجلس او اختلف (قوله خلافا لابى سهل وابى يوسف) فانه ينعقد عندهما ان اتحد المجلس وهذا على احدى الروايتين عند ابى يوسف كما أفصح عنه القهستانى (قوله ثم فهم الشاهدين كلام العاقدين ليس بشرط الخ) مفرع على اشتراط الحضور فقط أما على اشتراط السماع مع الفهم فينبغى ان لا ينعقد نهر ولقد ابعد عن الفقه وعن الحكمة الشرعية من جوزه بحضرة النائمين حموى عن الكمال (تتمة) تزوج امرأة بالعربية أو بلفظ لا يعرف معناه أو زوجت نفسها به ولم يعلما معناه انعقد لان العلم بمضمون اللفظ انما يعتبر لاجل القصد فلا يشترط فيما يستوى فيه الجد والهزل وكذا الطلاق والعتاق والتدبير بخلاف البيع ونحوه در روارد بنحو البيع التمليك كما يعلم من كلامه وفى الشرنبلالية عن الكمال اختلفوا فى الخلع قيل لا يصح وهو الصحيح وقال قاضيخان ينبغى ان يقع الطلاق ولا يسقط المهر ولا المتعة وكذا لو لقنت ان تبرئه وكذا المديون اذا لقن رب الدين لفظ الابراء لا يبرأ ونقل شيخنا عن الاشباه التكلم بما لا يعلم معناه يلزمه حكمه فى الطلاق والعتاق والنكاح والتدبير لا فى مسائل البيع والخلع على الصحيح فلا يلزمها المال والاجارة والهبة والابراء عن الدين كما فى نكاح الخانية انتهى (قوله وقال بعضهم شرط) وهو الاصح قاله الحدادى (قوله وكذا روى عن محمد) اى انه لابد من الفهم مع السماع (قوله وفى الذخيرة ان هذا القول هو الظاهر) يعنى به ما سبق من ان الشرط الفهم مع السماع ولابد من تمييز المسموع كلامه عند الشاهدين حتى لو سمع كلام امرأة من وراء جدار ان كان معها غيرها لا يصح والاصح ولو حاضرة اكتفى بالاشارة اليها وتوكيلها بالتزويج على هذا التفصيل ولو عقد لها الوكيل غائبة فان عرفها الشهود اكتفى بذكر اسمها ان علموا انه ارادها والا فلا بد من ذكر أبيها وجدها أيضا ولم يشترط الخصاف شيئا من ذلك حتى لو قال زوجت نفسى من موكلتى أو من امرأة جعلت أمرها بيدى صح قال السرخسى والخصاف كبير فى العلم يقتدى به وخرج بالحرين ما اذا كانا عبدين أو أحدهما مدبرا كان أو مكاتبا او معتق بعض نهر (قوله ولو فاسقين) لان الفاسق من اهل الولاية القاصرة على نفسه بلا خلاف فصلح شاهدا على الانعقاد لانه لا الزام فيه فكانت الولاية قاصرة واطلق

(عاقلين بالغين مسلمين) اعلم ان الشاهدين شرط فيه وقال مالك ليس بشرط وانما الشرط الاعلان حتى لو اعلنوا بحضور الصبيان والمجانين يصح وعند الشافعى لا ينعقد الا عند حرين ثم سماع الشاهدين كلام العاقدين شرط لا نفس الحضور خلافا للاسبيجابى والسغدى ولهذا ينعقد بالمعتقل والاخرس السامع ولا ينعقد بالنائم وهو الاصح خلافا للاسبيجابى والسغدى والمراد بالسماع سماعهما معا حتى لو سمعا متعاقبين بان سمع احدهما واعيد العقد فسمع الآخر لا ينعقد عند عامة العلماء خلافا لابى سهل وابى يوسف وان اعيد فى مجلس آخر لا ينعقد اجماعا * ثم فهم الشاهدين كلام العاقدين ليس بشرط وهو الاصح كذا فى الخلاصة حتى لو عقدا بالعربية والشهود لم يحسنوا العربية جاز وقال بعضهم شرط وكذا روى عن محمد وفى الذخيرة ان هذا القول هو الظاهر ثم ينعقد عندنا (ولو كانا فاسقين)

فى الفسق ثم مالو كان بالسكر لكن يشترط فى انعقاده بحضرة السكارى ان يفهموا انه نكاح وان لم يذكروا بعد الصحو زيلعى لكن فى النهر عن الفتح والذى ادين الله به نفى شهادة السكارى فى النكاح وان كانوا بحيث يذكرونها بعد الصحو انتهى والتقييد بقوله فى النكاح لبيان الواقع (قوله او محدودين فى قذف) وقد تابا وهذا القيد لابد منه والا لزم التكرار نهر وفيه نظر اما اولا فلان قوله لابد من هذا القيد ممنوع لان المقصود من اطلاق المصنف الاشارة الى خلاف الشافعى فى الفاسق المظهر والمحدود قبل التوبة واما المستور والمحدود بعد التوبة فلا خلاف له فيهما كما فى شرح المجمع والحقائق فظهر ان قوله لابد من هذا القيد فرية بلا مرية بل لابد من اعتبار عدم هذا القيد ومن ثم قال فى البرهان أو محدودين فى قذف غير تائبين واما ثانيا فلان قوله والا لزم التكرار ممنوع أيضا لان المحدود فى القذف أخص مطلقا من الفاسقين ولم يقل أحد ان ذكر الخاص بعد العام تكرار كيف وهو واقع فى كلام الله تعالى الذى هو فى غاية الاعجاز على انه قد صرح فى الحواشى السعدية من كتاب الاكراه بانه اذا قوبل الخاص بالعام يراد بالعام ما عدا الخاص هذا ولا يخفى ان فى عبارة المصنف عطف الخاص على العام بأو وهو مما تفردت به الواو وحتى كما فى المغنى حموى قال شيخنا ويجاب بما ذكره هو اى السيد الحموى فى العنين عند قول المصنف لو عنينا او خصيا من ان الفقهاء يتسامحون فى ذلك انتهى أى يتسامحون فى العطف بأو مطلقا ولو عطف خاص على عام (قوله او اعميين) مخالف لما فى الخانية من باب من لا تجوز شهادته حيث قال ولا تقبل شهادة الاعمى عندنا لانه لا يقدر على التمييز بين المدعى والمدعى عليه والاشارة اليهما فلا يكون كلامه شهادة ولا ينعقد النكاح بحضرته انتهى لكن قال شيخنا والترجيح بتقديم المتون واعلم ان النكاح وان كان ينعقد بحضرة الاعمى لكن لا يقبل اداء الشهادة منه كما نقله شيخنا عن عزمى زاده فليس الخلاف الا فى انعقاد النكاح بحضرته أما عدم جواز اداء الشهادة منه فما لا خلاف فيه (قوله وقال الشافعى لا ينعقد بهذه الشهود) لانه يشترط العدالة والبصر عينى وقيل هذه المسئلة مبنية على ان الفسق لا ينقص من ايمانه وعلى ان الاعمال من شرائع الاسلام لا من نفسه وعنده الشرائع من نفس الايمان ويزداد بالطاعة وينقص بالمعصية فجعل نقصان الدين كنقصان الحال بالرق وغيره وهذا لا يستقيم لان الفاسق انما ردت شهادته عند الاداء للتهمة ولا تهمة هنا لتيقنه زيلعى (قوله او ابنى العاقدين) بان وقع الطلاق بين الرجل وزوجته وجحدا النكاح عند ابنيهما وفى الخزانة اذا تزوج بشهادة ابنيه منها يجوز على الاصح ولكن لا تقبل شهادتهما للقريب اذا وقع الجحود من أحدهما والمراد بالقريب معناه اللغوى لانه لا يطلق فى العرف القريب على الابوين حموى عن البرجندى (قوله سواء كانا ابناه منها او ابناه من غيرها) هذا على لغة من يلزم المثنى الالف وبه يسقط ما قيل صوابه او ابنيه وهذا على ما وقع فى اكثر النسخ وعليها كتب السيد الحموى من كون الفعل ملحقا بالف التثنية فاسم كان ضمير التثنية وخبرها قوله ابناه وما بعده من الجار والمجرور متعلق بالخبر وأما على ما وقع فى بعض النسخ من تجريد الفعل عن ضمير التثنية فلا يرد هذا اصلا لان اسم كان على هذا هو قوله ابناه والخبر هو الجار والمجرور وثم فى شمول المتن للصورة الثانية والثالثة من كلام الشارح نظر كما ذكره الحموى ووجهه انه لا يطلق عليهما كونهما ابنى العاقدين الا اذا كان أحدهما منه والآخر منها وكلاهما من كل منهما واجاب شيخنا بان كلامه على حذف مضاف اى ابنى احد المتعاقدين انتهى والمراد ثبوت البنوة لاحدهما مطلقا سواء ثبتت من الآخر أيضا أم لا فسقط ما عساه يقال يلزم على تقدير ذلك المضاف عدم شمول المتن للصورة الاولى فتدبر (قوله وان جحدت تقبل) بخلاف ما اذا تزوجها بشهادة ابنيهما ثم تجاحدا حيث لا تقبل شهادتهما مطلقا كما فى الزيلعى معللا بأنهما يشهدان لغير المنكر منهما وتعليله ظاهر فى ان المراد بابنيهما ابنا كل منهما ولا يتعين بل كذلك لا تقبل الشهادة عند التجاحد لو كان أحدهما ابنه والآخر ابنها لانه يلزم ان يكون أحد الفرعين شاهدا لاصله (قوله ذميين) موافقين لها فى دينها اولا نهر والظاهر ان التقييد بالذميين للاحتراز عن الحربيين ويشهد له ظاهر كلام الزيلعى حيث قال

(او محدودين) فى قذف (او اعميين) وقال الشافعى لا ينعقد بهذه الشهود (او ابنى العاقدين) مطلقا سواء كانا ابناه منها او ابناه من غيرها او ابناها من غيره ثم لو كانا ابناه من غيرها ان جحد فادعت فشهدا تقبل وان كان الاب يدعى وهى تجحد لا تقبل ولو كانا ابناها من غيره ان ادعت لا تقبل وان جحدت تقبل (ويصح تزوج مسلم ذمية) كتابية (عند) شاهدين (ذميين)

قوله او ابنيه لعله ابنيه منها او ابنيه

وللذمى شهادة على مثله فأفادان شهادة الحربى على الذمى لا تقبل والمستأمن حربى (قوله كتابيين) ليس بقيد كذا ذكر شيخنا فعلى هذا يجوز للمسلم العقد على الذمية بحضرة الذميين وان لم يكونا كتابيين كأن يكونا مجوسيين (قوله وقال محمد وزفر لا يجوز) لان السماع فى النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكأنهم لم يسمعا كلامهما ولهما ان الشهادة شرطت فيه على اعتبار اثبات الملك لوروده على محل خطر لا على اعتبار وجوب المهر اذ لا شهادة تشترط للزوم المال للزومه بدونها كالبيع ونحوه بخلاف ما اذا لم يسمعا كلامه لان العقد ينعقد بكلامهما والشهادة عليه شرط واجمعوا ان اداءهما عند انكار المسلم غير صحيح اما عند انكارها فتقبل عندهما مطلقا وقال محمد ان قالا كان معنا مسلمان وقت العقد قبل والا لا وعلى هذا الخلاف لو اسلما وادياً وعنه انها لا تقبل مطلقا وهو الصحيح من مذهبه لانها قامت على اثبات فعل المسلم او على نكاح فاسد نهر (قوله وانما قيدنا بالكتابية الخ) أشار الى ان المصنف اطلق فى محل التقييد اذ لا يلزم من كونها ذمية ان تكون كتابية (قوله أى وكله الخ) فسر الامر بالوكالة لان الامر قد يكون وكالة وقد لا يكون حموى (قوله صغيرته) الضمير راجع الى من والمستكن فى قوله فزوجها راجع الى الرجل نهر (قوله عند رجل) أو امرأتين نهر (قوله لان الاب يجعل مباشرا الخ) قال فى النهاية هذا التكلف غير محتاج اليه لان الاب يصلح ان يكون شاهدا فى النكاح فلا حاجة الى نقل المباشرة من المأمور الى الآمر حكما نعم يحتاج اليه فيما لو أمرت البالغة وليها بتزويجها فزوجها عند رجل حاضر فان كانت حاضرة صح لا ان غابت وفى الغاية ارى انه محتاج اليه أيضا لان الاب اذا كان حاضرا لا يصلح ان يكون شاهدا فى نكاح أمر به لان الوكيل سفير ومعبر فكأن الاب هو المزوج ولا يجوز ان يكون الاب شاهدا وقد يشكل ما قالوه لو زوج المولى عبده البالغ بحضرته وواحد صح ولا شك انه المزوج حقيقة وقد جعلوه شاهدا لكن هذا احد قولين وقال المرغينانى لا يجوز وهو الظاهر نهر (قوله سفيرا ومعبرا) أى رسولا قال فى المغرب السفير الرسول المصلح بين القوم ومنه الوكيل سفير ومعبر يعنى اذا لم يكن العقد معاوضة كالنكاح والخلع والعتق ونحوها مما لا يتعلق به شئ ولا يطالب بشئ وجمعه سفراء شيخنا عن الغاية (قوله وان لم يكن حاضرا لا يصح) لان الرجل يبقى وحده شاهدا وبه لا ينعقد النكاح عينى (قوله بحضرتها ومع الاب شاهد آخر صح) بخلاف ما لو وكله ان يزوج عبده فزوجه بحضرة رجل أو امرأتين والعبد حاضر لا يصح لعدم التوكيل من جهته عينى وفيه وان أذن لعبده ان يتزوج فتزوج بشهادة المولى ورجل آخر قيل يجوز قال فى النهر وهو الاصح والفرق لا يخفى وتبعه فى الدر قال شيخنا وجه الفرق ان مباشرة السيد لم تكن فكالمحجور بخلاف اذنه له فعقد بحضرة مولاه ورجل انتهى والمراد فك الحجر بالنسبة للتزوج فقط لا مطلقا فسقط ما عساه يتوهم من صيرورته مأذونا له فى التجارة ولما كانت ولاية الوكيل مستفادة من جهة السيد قال ان مباشرة السيد لم تكن فكالمحجور وفى العينى لو زوج عبده البالغ بحضرة رجل وهو حاضر صح وان كان غائبا لا وعلى هذا الامة وقال المرغينانى لا يجوز وقوله وعلى هذا الامة يعنى اذا زوج المولى أمته البالغة بحضرة رجل وهى حاضرة صح والا لا لكن ذكر فى الدرانه لم يجز على الظاهر موافقا لما سبق عن المرغينانى من عدم الجواز وعليه فلا فرق فى عدم جواز تزويج المولى امته البالغة بحضرة رجل بين ان تكون حاضرة ام لا (قوله لان فى البالغة لا يتأتى هذا الا بامرها) أى لا يكون العقد صحيحا هذا هو الظاهر وقد يقال معنى قوله لا يتأتى اى لا يكون نافذا بل موقوفا على اجازتها حموى لكن فى قوله اى لا يكون العقد صحيحا نظر بناء على ان المراد من نفى الصحة البطلان كما هو الظاهر من سياق كلامه بدليل قوله وقد يقال الخ ووجهه انه لا يكون ادنى حالا من الفضولى وعقد الفضولى ليس بباطل وعن هذا قال شيخنا اراد بقوله لا يكون صحيحا اى لازما لان المراد بالصحيح عند الاطلاق انتهى (تتمة) سئلت عن عقد بولى وشاهدين أحدهما صبى فهل العقد صحيح فأجبت بان العقد صحيح ان كانت الزوجة عاقلة بالغة حاضرة واذنت للاب فيه ان كانت ثيبا او سكتت ان كانت بكرا لان

كتابيين وقال محمد وزفر لا يجوز وانما قيدنا بالكتابية لان نكاح غيرها لا يجوز (ومن امر رجلا) أى وكله (أن يزوج صغيرته فزوجها) الوكيل من زيد (عند رجل) واحد غيره (والاب حاضر صح) النكاح لان الاب يجعل مباشرا العقد لاتحاد المجلس ويبقى الوكيل سفيرا ومعبرا فيبقى الزوج شاهدا آخر فيصح (والا) اى وان لم يكن حاضرا (لا) يصح وقالوا اذا زوج الاب ابنته البالغة بأمرها بحضرتها ومع الاب شاهد آخر صح وان كانت غائبة لم يصح وانما قيد بالصغيرة لان فى البالغة لا يتأتى هذا الا بامرها

الاب حينئذ وكيل عنها فى العقد فتنتقل عبارته اليها و يكون الاب شاهدا مع الشاهد المذكور وقد تم النصاب ولا عبرة بحضور الصبي احمد بن يونس قلت الجواب يؤخذ من عبارة النقاية وهى الوكيل شاهد عند حضور الموكل كالولى عند حضور موليته بالغة انتهى حموى (تنبيه) بعث قوما للخطبة فزوجها الولى بحضرتهم فالصحيح الصحة وعليه الفتوى فتح لانه لاضرورة فى جعل الكل خاطبين بل يجعل المتكلم فقط والباقى شهود لكن فى الخلاصة المختار عدم الجواز والاول مختار الشهيد نهر ووفق الحانوتى بحمل مافى الخلاصة على ما اذا قبلوا جميعا شيخنا عن خط الشيخ عبد الباقى المقدسى وفى هذا المقام كلام يعلم بمراجعة جامع الفتاوى (فروع) قال زوجنى ابنتك على ان أمرها بيدك لم يكن له الامر لانه تفويض قبل النكاح * وكله بأن يزوجه فلانة بكذا فزاد الوكيل فى المهر لم ينفذ فلو لم يعلم حتى دخل فله الخيار بين اجازته وفسخه وله الاقل من المسمى ومهر المثل لان الموقوف كالفاسد * تزوج بشهادة الله ورسوله لم يجز بل قيل يكفره در وانظر ما المراد من قوله وله الاقل من المسمى الخ هل المراد المسمى من جهة الموكل او المراد ما سماه الوكيل زائدا على ما أمر به لم اره والظاهر الثانى

(فصل فى المحرّمات) اختلف الاصوليون فى اضافة التحريم الى الاعيان فقيل مجاز والمحرّم حقيقة الفعل ورجح انه حقيقة شرنبلالية واعلم ان للتحريم اسبابا النسب والمصاهرة والرضاع والجمع بين الاختين اوغيرهما كالمرأة وعمتها وتعلق حق الغير كالمنكوحة والمعتدة ويتفرع عليه مالو عقد على اختين مثلا احداهما منكوحة الغير او معتدته صح العقد على الفارغة وادخال الامة على الحرّة والمطلقة ثلاثا وعدم دين سماوى والتنافى بين المالكية والمملوكية وان لا يكون تحته اربع سواها فلو زوجت من شخصين وأحدهما تحته اربعة صح العقد على الشخص الآخر (قوله وبنته) ولو من الزنا بان زنا ببكر فأمسكها حتى ولدت اذهى بنته لغة والخطاب انما هو باللغة العربية مالم يحصل نقل وكذا يحرم أخته وبنت أخيه وأخته اوابنه من الزنا وقالوا ان لولد الملاعنة حكم البنت فلو لاعن فنفى القاضى نسبها من الرجل والحقها بالام لا يجوز ان يتزوجها لانه بسبيل من ان يكذب نفسه و يدعيها فيثبت نسبها منه فتح قال فى البحر وقد يقال ثبوت حرمتها لا باعتبار هذا التكلف بل باعتبار انها ربيبته وقد دخل بامها ورده فى النهر بأن ثبوت اللعان لا يتوقف على الدخول بأمها وح فلا تكون ربيبته وقوله بأن زنا ببكر فأمسكها الى آخره قال الحانوتى ولا يتصور كونها بنته من الزنا الا بذلك اذ لا يعلم كون الولد منه الا به شيخنا عن خط الشيخ عبد الباقى المقدسى (قوله وان بعدتا) اى الام والبنت وفيه ايماء الى ان الجدة وان علت و بنت البنت وان سفلت ام و بنت فيتناولهما قوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم بطريق الوضع اذ الام هى الاصل لغة والبنت الفرع فتكون الام والبنت حينئذ من المشكك او ان ذلك من عموم المجاز نهر (قوله وان سفلت) سفل سفولا من باب قعد وسفل من باب قرب لغة مصباح (قوله وعمته وخالته) وتدخل عمة جده وجدته وخالتهما الاشقاء وغيرهن واما عمة عمة امه وخالة خالة ابيه فحلال كبنت عمه وعمته وخاله وخالته لقوله تعالى واحل لكم ماوراء ذلكم در (قوله وام امرأته الخ) المراد بأم امرأته و بنتها الام والبنت ولو بواسطة فتدخل جدة الزوجة وان علت و بنت ولدها وان سفلت ولو عبر بالاصل والفرع لكان اصرح حموى عن البرجندى قيد بالمرأة فانصرف الى النكاح الصحيح فان تزوجها فاسدا فلا تحرم امها بمجرد العقد بل بالوطء او ما يقوم مقامه من المس بشهوة او النظر بشهوة لان الاضافة لا تثبت الا بالعقد الصحيح والمراد بالاضافة اضافة المرأة اليه وان كانت امته فلا تحرم امها الا بالوطء او دواعيه لان لفظ النساء اذا اضيف الى الازواج كان المراد منه الحرائر كالظهار والايلاء بحر واراد بالحرائر المملوكة بعقد النكاح ولو امة لغيره (قوله سواء دخل الخ) لقوله تعالى وامهات نسائكم من غير قيد بالدخول زيلعى (قوله وعند بشر المريسى الخ) احتجوا بانه تعالى ذكر أمهات النساء وعطف عليهن الربائب ثم أعقبهما ذكر الشرط وهو الدخول فينصرف اليهما كما هو الاصل فى الشرط قلنا ذلك فى الشرط

قوله والظاهر الثانى جزم به فى رد المحتار اخذا من كلام الرحمتى اه بحراوى

(فصل فى) بيان النساء (المحرمات حرم تزوج أمه) وجدته سواء كانت من قبل الاب او الام (وبنته وان بعدتا) اى ام امه وان علت وبنت بنته وان سفلت (و) حرم تزوج (أخته و) بنتها و بنت أخيه وعمته وخالته) مطلقا اى الجميع سواء فى انه لاب وام او لاب او لام (و) حرم تزوج (ام امرأته) مطلقا سواء دخل بابنتها اولا وعند بشر المريسى وابن شجاع ومالك وداود وفى احد قولى الشافعى لا تثبت الا بالدخول بالبنت

المصرح به اما الصفة المذكورة فى آخر الكلام كما هنا فتنصرف الى مايليها زيلعى (قوله وبنتها) ويدخل فى قوله وربائبكم بنات الربيبة والربيب لان الاسم يشملهن وفى الشرنبلالية بنات الربيبة والربيب وان سفلن تثبت حرمتهن بالاجماع انتهى بخلاف حلائل الآباء والابناء لانه اسم خاص لهن فلا يتناول غيرهن زيلعى فلا تحرم بنت زوجة الابن ولا بنت ابن زوجة الابن ولا بنت زوجة الاب ولا بنات ابن زوجة الاب بحر (قوله ان دخل بها) لقوله تعالى وربائبكم اللاتى فى حجوركم الآية والخلوة الصحيحة كالوطء عند ابى يوسف خلافا لمحمد حموى عن الظهيرية واعلم ان حجر الرجل بالفتح والكسر حضنه وهو مادون ابطه الى الكشح نهر والكشح مابين الخاصرة الى الضلع الخلف والخصر وسط الانسان شيخنا عن الصحاح وذكر الحجر خرج مخرج العادة وفى البحر تفسيرا الحجر ان تزف البنت مع الام الى بيت الزوج واعلم ان حرمة الربيبة مقيدة بكون امها وقت ان دخل بها مشتهاة اما لو دخل بالام صغيرة لا تشتهى فطلق فاعتدت بالاشهر ثم تزوجت بغيره فجاءت ببنت حل لواطئ امها قبل صير ورتها مشتهاة التزوج بها وسيأتى من الشارح كغيره صريحا ولا التفات لمن استغربها مع انها فى متن التنوير (قوله وامرأة أبيه) لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم فيتناول منكوحته وطئا وعقدا صحيحا وكذلك لفظ الآباء يتناول الآباء والاجداد وان كان فيه جمع بين الحقيقة والمجاز لانه نفى وفى النفى يجوز الجمع بينهما كما يجوز فى المشترك ان يعم جميع معانيه فى النفى زيلعى وتعقبه فى البحر بان الصحيح انه لا يجوز الجمع بينهما لا فى النفى ولا فى الاثبات ولا عموم للمشترك مطلقا قال الاكمل فى التقرير والحق ان النفى مقتضاه الاثبات فان اقتضى الاثبات الجمع بين المعنيين فالنفى كذلك والا فلا والاولى ان يكون النكاح فى الآية للعقد كما هو المجمع عليه و يستدل لثبوت حرمة المصاهرة بالوطء الحرام بدليل آخر انتهى وتقييده الوطء بالحرام ليعلم ثبوت حرمة المصاهرة بالوطء الحلال كأن كانت امته ولم يمنع من حل وطئها مانع بالاولى ولو اشترى امة من ميراث ابيه حل له وطؤها حتى يعلم ان الاب وطئها ولو باخبار الاب حيث كانت ملكه لا ان كانت فى غير ملكه لكن لو ابدل فى النهر اشترى بملك لكان اولى وقوله لا ان كانت فى غير ملكه يعنى لان الظاهر كذبه لا لان المصاهرة لا تثبت بالوطء الحرام (فرع) تزوج بكرا فوجدها ثيبا وقالت ابوك افتضنى ان صدقها بانت بلا مهر والا لا نهر (قوله سواء دخل بها او لم يدخل) لو ذكره بعد قوله وامرأة ابنه ليكون قيدا فى كل من امرأة الاب والابن لكان اولى اذ لا فرق بينهما فيه كما سيأتى عن الزيلعى (قوله وامرأة ابنه) لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبنى لا لاحلال حليلة الابن من الرضاع ولفظ الابناء يتناول ابناء الاولاد وان سفلوا ولا يشترط دخول الابن ولا الاب لاطلاق النص زيلعى والدليل على ذلك ان التبنى انتسخ بقوله تعالى ادعوهم لآبائهم وقصته انه عليه السلام تبنى زيد بن حارثة ثم تزوج زينب بعد ما طلقها زيد فطعن المشركون وقالوا انه تزوج حليلة ابنه فنسخ الله التبنى بقوله تعالى ادعوهم لآبائهم ودفع طعن المشركين بهذا التقييد فبقيت حليلة الابن من الرضاع داخلة تحت قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب عناية (قوله والكل رضاعا) لم يستثن شيئا احالة على ما سيأتى فى الرضاع نهر (قوله من المذكورات) من بيانية حموى (قوله يحرم على هذا الولد امرأة زوج المرضعة الخ) اذ هى امرأة ابيه رضاعا (قوله ويحرم على زوج المرضعة هذا الولد) لانها بنته من الرضاع وفى هذه الصورة والتى قبلها خلاف الشافعى بناء على ان لبن الفحل لا يتعلق به التحريم عنده (قوله فليحفظ ما انشد بعض الافاضل) معنى البيت ان زوجات الرضيع وفروعه يحرمن على ابيه (قوله وحرم الجمع بين الاختين) نسبا ورضاعا حتى لو تزوج اختين رضاعا فالنكاح فاسد ومن هنا قال فى البحر لو قدموا حرمة الجمع على قولهم والكل رضاعا لكان اولى نهر (قوله قيد به لانه الخ) أى قيد بما ذكر من النكاح والوطء (قوله لانه لا يحرم الجمع ملكا) وهو قول على ولو قبل احداهما بشهوة حرم وطء واحدة منهما او دواعيه حتى يحرم فرج الاخرى بتمليك او نكاح او عتق

(وبنتها ان دخل بها) وان لم يدخل بالام حتى حرمت عليه بالطلاق اوماتت حل له ان يتزوج بالربيبة (و) حرم تزوج (امرأة ابيه) مطلقا سواء دخل بها اولم يدخل (و) امرأة (ابنه وان بعدتا) اى امرأة ابى ابيه وان علا وامرأة ابن ابنه وان سفل (و) حرم تزوج (الكل) من المذكورات (رضاعا) اى من جهة الرضاع حتى ان امرأة لو ارضعت ولدا يحرم على هذا الولد امرأة زوج المرضعة التى نزل لبنها منه ويحرم على زوج المرضعة هذا الولد ومن اراد ضبط هذه فليحفظ ما انشد بعض الافاضل

از جانب شيرده همه خويش شوند
وز جانب شيرخواره زوجان فروع

(و) حرم (الجمع بين الاختين) مطلقا سواء كانتا حرتين اوامتين (نكاحا ووطئا بملك يمين) قيد به لانه لا يحرم الجمع ملكا

قوله معنى البيت الخ وجد بهامش مانصه قوله ازجانب اى من طرف وشيرده المرضعة وهمه كلهم وخويش اقارب وشوند يصيرون وزجانب ومن طرف وشيرخواده الرضيع وزوجان الزوجان وفروع الفروع اه

وعند الثلاثة لا تحرم الدواعي الا في قول للشافعي عيني وتبعه في النهر والحموي قال شيخنا وهو مخالف لكلامهم في الاستبراء حيث انا طواحرمتهما بتقبيلهما لا بتقبيل واحدة فقط وقال في التبيين هنا ويطأ المنكوحة ان لم يكن وطئ المملوكة لان المرقوقة ليست بموطوءة حكما فلا يصير جامعا بينهما وطأ لا حقيقة ولا حكما وعلى هذا لو وطئ احدى الاختين المملوكتين اولمسها بشهوة لم تحل له الاخرى وان وطئهما حرمتا جميعا حتى يخرج احداهما عن ملكه انتهى (قوله فلو تزوج اخت أمته) أي نكح نكاحا صحيحا فخرج الفاسد فلا تحرم به الا بالوطء قيد بالتزوج لانه لو اشترى اخت امته الموطوءة جاز له وطء الاولى نهر وأطلق الامة فشمل ام الولد كما في غاية البيان وقيد بالموطوءة لانها ان لم تكن موطوءة يطأ المنكوحة قبل بيعها كما سيذكره الشارح ووجهه ان المرقوقة ليست بموطوءة حكما فلم يصر جامعا بينهما وطأ لا حقيقة ولا حكما لانه ان كان قد وطئ المملوكة قبل المعقود عليها كان جامعا بينهما وطأ حكما لان حكم الوطء الاول قائم حتى ندب له عند ارادة بيعها استبراؤها والمعقود عليها موطوءة حكما بدليل ثبوت النسب بمجرد العقد كذا بخط شيخنا (قوله صح النكاح مطلقا) حرة كانت او امة نهر (قوله حتى يبيعها) أي يفعل بها ما به يحرم وطؤها عليه من بيع كل او بعض او هبة مع تسليم او عتق او كتابة او تزويج فالبيع مثال ولو قال حتى يحرمها على نفسه لكان اولى نهر واقره الحموي واقول فيه نظر لانه لا يشمل ما لو طلق المنكوحة كما سيذكره الشارح فالاولى ان يقال حتى يحرم احداهما واعلم ان اعتاق البعض كاعتاق الكل وكذا تمليك البعض كتمليك الكل لثبوت الحرمة وعن أبي يوسف ان المنكوحة لا تحل بالكتابة ووجه الظاهر انها تحرم بالكتابة حتى لو وطئها وجب عليه العقر زيلعي (قوله فاذا أتى به حل له وطء واحدة منهما) أي حل وطء امته الموطوءة ان طلق المنكوحة او وطء المنكوحة ان باع امته الموطوءة او زوجها وقوله فاذا اتى به أي ببيع امته او تزويجها او طلاق المنكوحة (قوله وقال مالك لا يصح النكاح) الذي في الزيلعي وقال بعض المالكية لا يصح النكاح حتى يحرم الامة على نفسه لان المنكوحة موطوءة حكما اذ النكاح ملحق بالوطء في حق النسب فلو صح النكاح لصار جامعا بينهما وطأ وهو ممتنع قلنا نفس العقد ليس بوطء وانما يصير وطأ عند ثبوت حكمه وهو حل الوطء ووجود الولد وحكم الشيء يعقبه وللكمال فيه كلام يعلم بمراجعة النهر (قوله يطأ المنكوحة قبل بيعها) أي قبل بيع الامة وكان الاولى ان يقول قبل تحريم وطئها (قوله ولو تزوج أختين) ليس بقيد بل كل من لا يجوز جمعه من المحارم كذلك نهر وحينئذ فكان عدم ذكر هذه المسئلة كما فعل في النقاية اولى لدخولها في عموم قوله الآتي وبين امرأتين ايه فرضت ذكرا الخ حموي (قوله في عقدين) قيد به لانهما لو كانا في عقد واحد بطلا فلا يجب لهما المهر الا بالوطء كما في الدرر وهو مقيد بان لا تكون احداهما مشغولة بنكاح الغير او عدته فان كانت صح نكاح الفارغة كما لو تزوجت بزوجين في عقد واحد وأحدهما متزوج بأربع حيث تكون زوجة للآخر نهر (قوله ولم يدخل بواحدة منهما) لانه ان كانت الفرقة بعد الدخول وجب لكل مهر كامل كما في التنوير لتقرره بالدخول ومنه يعلم حكم دخوله بواحدة در (قوله فرق القاضي بينه وبينهما) لان نكاح احداهما باطل بيقين ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية والترجيح من غير مرجح لا يجوز ولا يجوز التحري في الفروج فتعين التفريق وان اراد ان يتزوج احداهما بعد التفريق فله ذلك ان كان التفريق قبل الدخول وان كان بعده فليس له ذلك حتى تنقضي عدتهما وان انقضت عدة احداهما دون الاخرى فله ان يتزوج بالمعتدة دون الاخرى كي لا يكون جامعا بينهما وان دخل باحداهما فله ان يتزوجها دون الاخرى ما لم تنقض عدتها لان عدتها تمنع من التزوج بأختها وان انقضت عدتها جاز له ان يتزوج بأيهما شاء لعدم المانع زيلعي وقوله فله ان يتزوج بالمعتدة دون الاخرى أي له التزوج بالتي لم تنقض عدتها دون منقضية العدة اما انه لا يتزوج بمنقضية العدة اذا كانت عدة الاخرى لم تنقض فلما ذكره من ان عدتها تمنع من التزوج بأختها كي لا يكون جامعا بينهما بخلاف ما اذا أراد التزوج بالتي لم تنقض عدتها حيث لا يمتنع

(قوله ولو تزوج اخت امته الموطوءة) صح النكاح ولكن (لم يطأ واحدة منهما حتى يبيعها) او يزوجها او يطلق المنكوحة فاذا اتى به حل له وطء واحدة منهما وقال مالك لا يصح النكاح واتفقوا ان الامة ان لم تكن موطوءة يطأ المنكوحة قبل بيعها (ولو تزوج اختين في عقدين و) لم يدر الاول) ولم يدخل بواحدة منهما (فرق) القاضي (بينه وبينهما)

لعدم المانع حيث كانت أختها منقضية العدة ووجوب العدة عليها هي ليس بمانع لان وجوبها بالنسبة لغيره اما هو فلا الا ترى الى ما سيأتي من ان له ان ينكح مبانته ولو قبل انقضاء العدة فكذا هذا وهذا ظاهر لا خفاء فيه وممن صرح بذلك العلامة الاتقاني ونصه وليس له ان يتزوج بواحدة منهما حتى تنقضي عدتهما وان انقضت عدة احداهما دون الاخرى فله تزوج التي لم تنقض عدتها دون الاخرى كي لا يصير جامعا بينهما انتهى وهذا أي التفريق اذا لم يبين الزوج احداهما بالفعل فان دخل بها أو بين انها سابقة قضى بنكاحها لتصادقهما وفرق بينه وبين الاخرى ولو دخل باحداهما وبين بعد ذلك ان الاخرى سابقة يعتبر الثاني لان الاول بيان دلالة والثاني صريحا والدلالة لا تقاوم الصريح شرنبلالية عن شرح المجمع وطولب بالفرق بين هذا وبين ما اذا طلق احدى نسائه بعينها ونسيها حيث يؤمر بالتعيين ولا يفارق الكل وأجيب بامكانه هناك لا هنا لان نكاحهن كان متيقن الثبوت فله ان يدعي نكاح من شاء بعينها منهن متمسكا بما كان وهنا لم يثبت نكاح واحدة بعينها فدعواه حينئذ تمسك بما لم يتحقق ثبوته شرنبلالية أيضا عن الكمال بقي ان يقال لم يبين المصنف ولا الشارح ان هذا التفريق طلاق او فسخ واختار العلامة الزيلعي كونه طلاقا فانه عبر به عن التفريق في قوله ومعناه أي معنى ما ذكره المصنف من ان لهما نصف المهر اذا كان مهراهما متساويين وهو مسمى في العقد وكان الطلاق قبل الدخول انتهى يعني التفريق وكذا الاتقاني حيث قال وتفريق القاضي كالطلاق من الزوج وقال في الفتح والظاهر انه طلاق حتى ينتقص من طلاق كل منهما طلقة لو تزوجها بعد ذلك ثم اعلم ان التقييد بالعقدين في قول المصنف ولو تزوج اختين في عقدين الخ اتفاقي اذ لو تزوجهما في عقد واحد فرق بينه وبينهما أيضا كذا في المفتاح ونظر فيه الحموي وقال انه احترازي لانه في هذه الصورة يبطل العقد بالنسبة لكل منهما ولا يتنصف المهر بخلاف ما اذا كانا في عقدين ولم يدر الاول انتهى وأقول فيه تأمل فان كلام المفتاح بالنظر للتفريق بينه وبينهما ولا فرق فيه بين ما لو تزوجهما في عقدين ولم يدر الاول أو في عقد واحد وان كان احترازيا بالنسبة لتنصيف المهر فتدبر وكذا لا فرق في وجوب المهر كاملا لكل منهما حيث وقعت الفرقة بعد الدخول بين ما لو تزوجهما في عقدين ولم يدر الاول أو في عقد واحد أما وجوب المهر لكل منهما اذا تزوجهما في عقدين ولم يدر الاول وكانت الفرقة بعد الدخول فلما قدمناه عن التنوير وأما وجوبه لكل منهما اذا تزوجهما في عقد واحد وكانت الفرقة بعد الدخول أيضا فلما ذكره في الدر حيث ذكر ان الحكم في تزوجهما معا البطلان وعدم وجوب المهر أي لكل منهما الا بالوطء كما في عامة الكتب انتهى (قوله ولهما نصف المهر) ان كان مهراهما متساويين قدرا وجنسا وهو مسمى في العقد وكانت الفرقة قبل الدخول وادعى كل منهما انها الاولى ولا بينة لهما فان اختلف مهراهما فان علما فلكل ربع مهرها والا فلكل نصف اقل المسميين وان لم يكن مسمى فالواجب متعة واحدة لهما بدل نصف المهر تنوير وشرحه ومنه تعلم ما في كلام الشارح من القصور وان قوله اى الاقل من نصفي المهرين محمول على ما اذا تفاوت المهران ولم يدر ايهما الاولى المرأتين بقي ان يقال ما سبق عن التنوير وشرحه من قوله والا فلكل نصف اقل المسميين وقع مثله في الدرر وذكر عزمي زاده ان قوله فلكل منهما الخ صوابه فلهما نصف اقل المسميين (قوله اى الاقل من نصفي المهرين) تقدم ما فيه من القصور واعلم ان التعبير بالاقل من نصفي المهرين بمنزلة ما لو قال اى نصف اقل المهرين فلا حاجة الى ما ذكره بعضهم من التصويب فان قلت كيف جعل الشارح قوله اى الاقل من نصفي المهرين تفسيرا لقول المصنف ولهما نصف المهر مع ان ما ذكره الشارح محمول على ما اذا تفاوت المهران ولم يدر ايهما الاولى المرأتين كما سبق فلا يصلح تفسيرا للمتن حينئذ لانه مفروض فيما اذا استويا قلت لا نسلم ان قول المصنف ولهما نصف المهر مفروض فيما اذا استوى المهران وليس في كلامه ما يدل عليه بل قوله ولهما نصف المهر محتمل لان يكون المراد انه بينهما بالسوية

(ولهما نصف المهر) اى الاقل من نصفي المهرين للاختين وانما قيد بقوله لم يدر لانه لو علم الترتيب بينهما

أوعلى التفاوت لان ذلك يختلف بحسب مهريهما فان استويا كان نصف المهر لهما بالسوية وان اختلفا
قضى لكل منهما بربع مهرها فان قلت يدلك على صحة ماقيل من ان كلام المصنف مفروض فيما اذا
استويا قول الزيلعى معنى ماذكره المصنف من ان لهما نصف المهر اذا كان مهراهما متساويين وان كانا
مختلفين يقضى لكل واحدة بربع مهرها قلت ماذكره الزيلعى مردود الاترى الى ماذكره فى البحر من
انه لاحاجة الى التقييد بما اذا كان مهراهما متساويين اذ لو كانا مختلفين يقضى لكل واحدة بربع
مهرها لانه لم يقل ولهما نصف المهر على السواء حتى يرد عليه ذلك انتهى بتصرف وكذا قال فى النهر ولم يقل
بالسوية بينهما ايماء الى انهما لو كانا مختلفين قضى لكل واحدة بربع مهرها انتهى واقره الحموى وبهذا
التقرير تعلم ماوقع لبعضهم فى هذا المقام (قوله فالعقد الاول جائز) ويحل وطؤها الا اذا وطئ الثانية فحينئذ
تحرم الاولى مادامت الثانية فى العدة ولايحل وطء الثانية لفساد العقد زيلعى ونظيره لو وطئ اخت امرأته
بشبهة تحرم امرأته مالم تنقض عدة ذات الشبهة (قوله وانما لزم عليه نصف المهر) يعنى اذا علم الترتيب فالعقد
الاول جائز والثانى فاسد فان فارقهما قبل الدخول وجب للاولى التى صح نكاحها نصف المهر المسمى ولاشئ
للثانية لكونه فارقها قبل الوطء كذا بخط شيخنا (قوله وحرم الجمع بين امرأتين الخ) لقوله عليه السلام
لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها الحديث ولان الجمع بينهما يفضى الى القطيعة فيحرم والآية مخصوصة
ببنته وعمته من الرضاع وبالمشركة فجاز تخصيصها بخبر الواحد والقياس زيلعى على انه فى الدرذكر ان
الحديث مشهور يصلح مخصصا للكتاب (فرع) عدة ام الولد بعد اعتاقها تمنع نكاح اختها عند ابى حنيفة
وزفر وعند ابى يوسف ومحمد لاتمنع حموى عن البرجندى (قوله حرم النكاح) والمراد الحرمة المؤبدة أما
الموقتة فلا تمنع ولهذا لو تزوج امة ثم سيدتها فانه يجوز كما فى الجامع والزيادات لانها حرمة موقتة بزوال ملك
اليمين وقيل لايجوز تزوج السيدة عليها نظرا الى مطلق الحرمة كما فى القنية بحر (قوله حتى لابأس بأن
يجمع بين امرأة الخ) فان بنت الزوج لو فرضت ذكرا حرم عليه التزوج بامرأة ابيه واذا فرضت المرأة ذكرا
كانت البنت اجنبية عنها (قوله وبنت زوج كان لها من قبل) اوامرأة ابنها وكالجمع بين الامة وسيدتها
والامة متقدمة اذ لو فرضت السيدة ذكرا لم تحرم بخلاف العكس نهر (قوله وقال زفر لايجوز) لانه لما ثبت
الامتناع من وجه فالاحوط الحرمة وهو مذهب ابن ابى ليلى والحسن البصرى وعكرمة وللجمهور قوله
تعالى واحل لكم ماوراء ذلكم ولانه لاقرابة بينهما فلم يكن فيه قطيعة الرحم وقد صح ان عبدالله بن جعفر
جمع بين بنت على وامرأة على وكذا جمع ابن عباس بين امرأة رجل وابنته من غيرها زيلعى (فائدة) سئل
عن الجمع بين الاختين فى الجنة فأجاب الرملى بأنه لامانع لان الحكم يدور مع العلة وجودا وعدما لان
العلة التباغض وقطيعة الرحم وهذا المعنى منتف انتهى وصرح القرطبى بانه يجوز نكاح سائر المحارم
فى الجنة الا الام والبنت قال شيخنا ومذهبنا ان العلة المنصوص عليها يتعلق الحكم بها وجودا وعدما
كالطواف فى الهرة ولهذا كان سؤر الهرة الوحشية نجسا لفقده وهنا العلة منصوص عليها لقوله عليه
السلام مخافة القطيعة فكان ما أجاب به الشيخ الرملى موافقا لنا باعتبار كون علة الحكم منصوصا عليها الا
مستنبطة انتهى (قوله والزنا) وهو وطء مكلف فى قبل مشتهاة خال عن الملك وشبهته قيد به وان كان وطء
المنكوحة فاسدا أوالمشتراة كذلك اى شراء فاسدا والامة المشتركة والمكاتبة وزوجته الحائض والنفساء
والمظاهر منها يوجب حرمة المصاهرة ايضا لانه محل الخلاف نهر واعلم ان المراد بالمكلف فى كلامه مايعم
المراهق وسيأتى مايدل عليه (قوله واللمس) ثبوت الحرمة باللمس لاجل كونه سببا للوطء السبب للولد
ولو كان بينهما حائل فان وصلت حرارة البدن الى يده ثبتت الحرمة والافلا وقيل ان وجد الحجم ثبتت
وفى مس الشعر روايتان زيلعى وظاهر مافى الخانية ترجيح انه ليس من البدن نهر ورجح فى البحر الحرمة
بمسه وجزم فى الاختيار بان مسه محرم ومس المراهق كالبالغ كما فى الفتح ولافرق فى الماس بين كونه منه
اومنها كما ذكره العينى لكن لو عمم ايضا فى النظر الى الفرج اوابقى المتن على اطلاقه من غير تقييد له بالداخل

فالعقد الاول جائز والثانى فاسد وانما لزم عليه نصف المهر (و) حرم الجمع (بين امرأتين أيه فرضت ذكرا حرم النكاح) اى بشرط ان يتصور ذلك من كل جانب حتى لابأس بأن يجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل وقال زفر لايجوز (والزنا واللمس والنظر) مطلقا

مطلب يجوز الجمع بين الاختين فى الجنة

ليكون متناولا للنظر الى ماذكر لكان اولى (قوله سواء كان من جانبه الخ) اى المس والنظر ثم ان كان
النظر من جانبه يشترط ان يكون نظره الى فرجها الداخل على ماسيأتى وان كان من جانبها يشترط ان
يكون نظرها الى ذكره (قوله وسواء حصل فى الملك الخ) أى ماذكره من اللمس والنظر حموى (قوله بشهوة
فى موضع الحال نبه بذلك على ان الشهوة يشترط وجودها حال اللمس والنظر فلو وجدا خاليين عنها
فنشأت عنهما لاتثبت الحرمة (قوله متعلق بكل واحد منهما) فان ادعتها وانكر صدق الا اذا كان
المس على الفرج والتقبيل على الفم قاله الحدادى وفى الفتح يترائى الحاق الخدين بالفم وفى البزازية اخذ
ثديها اوركب معها على دابة اوقام اليها منتشرا وعانقها اوقبلها وزعم عدم الشهوة لايصدق نهر لقرينة
كذبه وأراد بالركوب معها ما كان معه مس واطلقه لانه غالبا يستلزمه لكن فى قوله فان ادعتها وانكر
صدق نظر لانه يقتضى عدم الاكتفاء بالشهوة من أحدهما فينافى ماصرح به هو قبله من ان وجودها
من احدهما كاف والحاصل انه اذا وجدت الشهوة ممن وجد منه المس اوالنظر ثبتت الحرمة سواء
وجدت من الآخر أيضا أم لا اللهم الا ان يكون المراد من قوله فان ادعتها الخ اى ادعت وجود الشهوة
منه مع اعترافها بعدم وجودها منها يؤيده ماقاله المقدسى لوقبل امرأة ابيه بشهوة اوالاب امرأة ابنه
بشهوة وهى مكرهة وانكر الزوج كونه بشهوة فالقول له لانه ينكر بطلان ملكه وان صدق حرمت الخ
بقى ان يقال ما المراد باحدهما الذى اكتفى بوجود الشهوة منه اذا مس أحدهما الآخر اونظر الى فرجه
والظاهر انه فى جانب المس يراد به مايعم الماس والممسوس بخلافه فى جانب النظر حيث يراد به خصوص
من وجد منه النظر لامايعم المنظور اليه والحاصل انه اذا مسها بشهوة منها تثبت حرمة المصاهرة
وان لم يشتهها بخلاف ما اذا نظر الى فرجها الداخل بشهوة منها فانها لاتثبت اذا لم يشتهها (قوله وقال
الشافعى الخ) لقوله عليه السلام لايحرم الحرام الحلال ولانها نعمة فلا تنال بالمحظور ولنا قوله تعالى
ولاتنكحوا مانكح آباؤكم والنكاح هو الوطء ولهذا حرم على الابن ماوطئ ابوه بملك اليمين زيلعى فعم الزنا
وقال عليه السلام من نظر الى فرج امرأة لم تحل له امها ولا بنتها وقال عليه السلام من مس امرأة بشهوة
حرمت عليه أمها وبنتها وقال الشافعى ان ناظره انت جعلت الفرقة الى المرأة بتقبيلها ابن زوجها والله
تعالى لم يجعلها اليها فقال له انت تزعم انها تحرم عليه بردتها فجعلت الفرقة اليها فكيف قلت بما
انكرت على غيرك فقال اقول ان رجعت الى الاسلام وهى فى العدة فهما على نكاحهما قال ابوبكر
الرازى انكر على خصمه وقوع التحريم من قبل المرأة ثم قال به وجعل الرجعة اليها ايضا والوطء انما صار
محرما من حيث انه سبب للجزئية بواسطة ولد يضاف الى كل واحد منهما كملا والقياس ان تحرم
الموطوءة من الزنا لانها جزؤه بواسطة الولد يعنى والاستمتاع بالجزء حرام لكن ابيحت للضرورة وللضرورة
ابيحت حواء لادم عليه السلام وهى جزؤه فبقى فى حق غيرها على موجب القياس حتى صار اصولها
وفروعها كاصوله وفروعه فى حقه وكذا العكس فى حقها زيلعى والحاصل ان الوطء محرم من حيث
انه سبب الولد لامن حيث انه زنا (قوله ان تنتشر الآلة الخ) قال فى الخلاصة وبه يفتى وفى الجوهرة
النظر الى الفرج لايشترط فيه تحرك الآلة وهو الصحيح وعليه الفتوى بقى ان هذا الحد انما هو فى حقه
وقد اغفلوه فى حقها مع ان وجود الشهوة من أحدهما كاف قال فى الفتح واقله تحرك القلب على
وجه يشوش الخاطر نهر واجاب الحموى بانه انما لم يذكر حد الشهوة فى المرأة لعدم الخلاف فيه بخلافها
فى الرجل (قوله وكثير من المشايخ لم يشترطوا الانتشار الخ) قال فى الذخيرة وهو الاصح ومثله
فى الظهيرية حموى وصححه فى التحفة والمحيط قال الاتقانى وعليه الاعتماد واثر الخلاف يظهر فى الشيخ
الكبير والعنين فعلى الاول لاتثبت وعلى الثانى تثبت نهر (قوله وكان لايفتى بثبوت الحرمة الخ)
قال فى العناية وهو أقرب الى الفقه حموى (قوله والمعتبر النظر الى الفرج الداخل) فى ظاهر الرواية
وبه يفتى واكتفى الثانى بالنظر الى منابت الشعر وقال محمد لابد من النظر الى الشق وصححه فى الخلاصة

سواء كان من جانبه اومن جانبها وسواء حصل فى الملك اوفى غيره (بشهوة) متعلق بكل واحد منهما (يوجب حرمة المصاهرة) اى يثبت بها حرمات اربع تحرم هى على آباء الواطئ وان علوا وعلى اولاده وان سفلوا وتحرم على الواطئ امهاتها وان علون وبناتها وان سفلن وقال الشافعى الزنا والمس والنظر لايوجب حرمة المصاهرة ثم اللمس بشهوة ان تنتشر الآلة وان كانت منتشرة ان تزداد انتشارا هو الصحيح وفى الذخيرة وكثير من المشايخ لم يشترطوا الانتشار وجعلوا حد الشهوة ان يميل قلبه اليها ويشتهى جماعها وهذا اذا كان شابا قادرا على الجماع وان كان شيخا اوعنينا فحد الشهوة ان يتحرك قلبه بالاشتهاء ان لم يكن متحركا قبل ذلك ويزداد الاشتهاء ان كان متحركا وكان الفقيه محمد الرازى لايعتبر تحرك القلب انما يعتبر تحرك الآلة وكان لايفتى بثبوت الحرمة فى الشيخ الكبير والعنين الذى ماتت شهوته حتى لم يتحرك عضوه بالملامسة والمعتبر النظر الى الفرج الداخل

٢٢١٧٢٧
٢

وشمل اطلاقه النظر من وراء زجاج بخلافه فى المرآة والماء لان المرئى فيهما مثاله لا هو ولهذا لو كانت فى الماء فرآى فرجها فيه ثبتت نهر بقى ان يقال تقييده هنا بالنظر الى الفرج الداخل ينافى ماسبق من قوله سواء كان من جانبه اوجانبها الا انه بعمومه يشمل النظر من كل منهما وماهنا يقتضى ان النظر من جانبه فقط واجاب الحموى بان ماذكر من الاقتضاء ممنوع اذ لا يلزم من ذكر شرط لاحد شيئين اشتركا فى حكم ان يكون الحكم خاصا بالذى ذكر شرطه اه (قوله ولا يتحقق ذلك الا اذا كانت متكئة) اما اذا كانت قاعدة مستوية أو قائمة لا تثبت الحرمة بالنظر غاية (قوله ولو مس فانزل) وكذا لو نظر فانزل زيلعى ومعنى قولهم المس بشهوة لا يوجب حرمة المصاهرة بالانزال هو ان الحرمة عند ابتداء المس كان حكمها موقوفا الى ان يتبين بالانزال فان انزل لم تثبت والا ثبتت لا ان معناه ان حرمة المصاهرة تثبت بالمس ثم بالانزال تسقط لان حرمة المصاهرة اذا ثبتت لا تسقط أبدا حموى عن العناية (قوله لا يوجب الحرمة فى الصحيح) وعليه الفتوى غاية (قوله وعلى هذا اتيان المرأة فى الدبر) لا تثبت به الحرمة ولو مع المس بشهوة لانه كما فى الزيلعى ليس بمحل الحرث قال فى النهر وهو الاصح ومن ثم قالوا لو افضاها لم تحرم عليه امها لعدم تيقن كونه فى الفرج الا اذا حملت وعلم كونه منه انتهى واورد ان الوطء فى المسئلتين ان لم يكن سببا للحرمة فالمس بشهوة سبب لها بل الموجود فيهما اقوى منه واجيب بان العلة هو الوطء السبب للولد وثبوت الحرمة بالمس ليس الا لكونه سببا لهذا الوطء ولم يتحقق فى الصورتين واذا عرف عدم ثبوت حرمة المصاهرة فيما اذا اتاها فى دبرها او افضاها فكذا لا تثبت باتيان الغلام فلا يحرم عليه أمه ولا بنته لان حرمة المصاهرة انما تثبت بصفة انه سبب للولد وحرث له وهذا المعنى لم يوجد غاية (قوله ووطء صغيرة لا تشتهى) لم يتعرض المصنف ولا الشارح لادنى سن يتعلق به الحرمة هنا وقدره فى النقاية بتسع سنين وما دونه ليست بمشتهاة قال البرجندى وعليه الفتوى حموى ويتفرع على ماذكره الشارح من ان وطء الصغيرة لا يوجب حرمة المصاهرة ماسبق عن التنوير من انه لو تزوج صغيرة لا تشتهى فدخل بها وطلقها فتزوجت بغيره بعد انقضاء العدة بالاشهر او بالحيض بان بلغت حد الشهوة بعد الطلاق قبل انقضاء عدتها بالاشهر فطرقها الحيض فاعتدت بالحيض فجاءت ببنت حل للمطلق اخذ هذه البنت وان كانت ربيبته وهذا يستفاد من الآية اذ قوله من نسائكم يقتضى ان الربيبة لا تحرم الا اذا كانت امها مشتهاة وقت الدخول بها لان اسم النساء لا يطلق عليهن الا اذا بلغن حد الشهوة وكما ان وطء الصغيرة لا يوجب حرمة المصاهرة كذا وطء غير المراهق لا يوجب حرمة المصاهرة أيضا كما فى النهر عن الفتح حتى لو جامع غير المراهق زوجة ابيه لا تثبت الحرمة لعدم اشتهائه وتقبل الشهادة على الاقرار بالمس والتقبيل بشهوة اما الشهادة عليهما بالشهوة فقيل لا تقبل وقيل تقبل واختلف الترجيح واطلاقه يعم العامد والناسى والمكره والمخطئ حتى لو ايقظ زوجته او أيقظته لجماعها فوقعت يده على بنته المشتهاة اويدها على ابنه ولو من غيرها حرمت عليه زوجته حرمة مؤبدة كما فى النهر عن الفتح ايضا والظاهر ان المراد من قوله اويدها على ابنه خصوص مالو كان الابن مراهقا لانه حينئذ يكون مشتهى لا مطلقا بدليل ماسبق وفيه عن الخلاصة قيل له ما فعلت بام امرأتك قال جامعتها ثبتت الحرمة ولا يصدق انه كذب وان كان هازلا (قوله وقال الشافعى ان كانت العدة الخ) وبه قال ابن ابى ليلى ومالك لان النكاح قد انقطع بينهما اعمالا للقاطع ولنا ماروى من ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجتمعوا على شئ كاجتماعهم على اربع قبل الظهر وان لا تنكح امرأة فى عدة أختها او امامنا فيه على وابن مسعود وابن عباس وزيد بن ثابت وكفى بهم قدوة ولان نكاح المطلقة قائم من وجه لبقاء أحكامه من وجوب النفقة والسكنى والمنع من الخروج والفراش حتى ثبت نسب ولدها والقاطع وهو الطلاق قد تأخر عمله فى الاحكام غير حرمة الوطء ولهذا بقى فى حق القيد حتى لا يجوز لها ان تتزوج بغيره فصار كالرجعى وعلى هذا الخلاف سائر محارمها واربع سواها زيلعى (قوله وقالا لا يجوز الخ) لان الحرمة لمكان الجمع نكاحا ولم يوجد ولهذا جاز له ان يتزوج اربعا سواها ولان العدة فيها اثر

ولا يتحقق ذلك الا اذا كانت متكئة
ولو مس فانزل لا يوجب الحرمة فى
الصحيح لانه تبين بالانزال انه غير داع
الى الوطء وعلى هذا اتيان المرأة فى
الدبر والنظر اليه ووطء صغيرة
لا تشتهى (وحرم تزوج اخت معتدته) مطلقا سواء
كانت العدة عن طلاق رجعى او بائن
او عن نكاح فاسد او عن عتق فى ام الولد وقال
الشافعى ان كانت العدة عن طلاق
بائن او ثلاث يجوز وقالا لا يجوز نكاح
اخت ام الولد فى عدتها

الملك وحقيقة الملك فيها الا تمنع تزوج الاخت فالاثر اولى ولابى حنيفة انه انما جاز نكاح اخت ام الولد لضعف الفراش فاذا اعتقها قوى الفراش ولهذا لا يجوز تزويجها بعد العتق حتى تنقضى عدتها وقبله يجوز فاذا قوى الفراش لا يجوز له ان يتزوج اختها كى لا يكون مستلحقا نسب ولد اختين فى زمان واحد بخلاف اربع سواها لعدم هذا المعنى ويجوز لزوج المرتدة ان يتزوج اختها بعد لحاقها بدار الحرب قبل انقضاء عدتها الا انه لا عدة عليها من المسلم لتباين الدارين وان عادت مسلمة لا يضر نكاح الاخت لان العدة لا تعود وعند ابى يوسف تعود وفى بطلان نكاح اختها له قولان زيلعى (قوله وحرم تزوج امته) لان ملك المتعة ثابت للولى قبل النكاح فيلزم اثبات الثابت ولو تزوج امة الغير ثم اشتراها بطل النكاح الا اذا كان الشراء بشرط الخيار فانه لا يبطل والمأذون والمكاتب والمدبر اذا اشترى امنكوحتهم لا يبطل النكاح حموى عن البرجندى اما اذا تزوجها متنزها عن وطئها حراما على سبيل الاحتمال فهو حسن لاحتمال ان تكون حرة أو معتقة الغير أو محلوفا بعتقها وقد حنث الحالف وكثيرا ما يقع سيما اذا تداولتها الايدى وليس المراد من حرمة التزوج بامته استحقاق العقوبة بل المراد فى احكام النكاح من ثبوت المهر فى ذمة المولى وبقاء النكاح بعد الاعتاق ووقوع الطلاق عليها وغير ذلك بحر كوجوب القسم لها وعدها عليه خامسة وثبوت نسب ولدها بدون دعواه ولا يخفى ما فى عدم عدها خامسة ونحوه من عدم الاحتياط شرنبلالية وقوله فى البحر بل المراد فى احكام النكاح اى انه لا يترتب عليه ما يترتب على النكاح من الاحكام التى تقدمت كما فى القهستانى واعلم ان ماسبق من تعليل حرمة التزوج بامته بان ملك المتعة ثابت للمولى قبل النكاح فيلزم اثبات الثابت لا يتجه الا اذا كانت كلها له مع انه لا فرق فى الحرمة بين مالو كانت له كلها او بعضها فما فى النهر من قوله وحرم ايضا امته ولو كان له فيها جزء للاجماع على بطلانه احسن (قوله وسيدته) ولو قل جزؤها فيه للتنافى كما قالوا وبينه السروجى بان مقتضى الزوجية قيام الرجل على المرأة بالحفظ والصون والتأديب لاصلاح الاخلاق والاسترقاق يقتضى قهر السادات للعبيد بالاستيلاء والاستهانة فتعذر ان تكون الزوجة سيدة نهر (قوله والمجوسية) ويحرم وطؤها ولو بملك يمين نهر وقال سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس وعمرو بن دينار يجوز وطء المشركة بملك اليمين لورود الاثر بوطء سبايا العرب ولنا قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات وقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم والنكاح حقيقة فى الوطء زيلعى ومعنى الحديث اى اسلكوا بهم طريقهم يعنى عاملوهم معاملة هؤلاء فى اعطاء الامان بأخذ الجزية منهم عناية وقوله غير ناكحى نسائهم نصب على الحال غاية وفى البحر حكى الاجماع على حرمة المجوسية كالاجماع على حرمة الوثنية وهى المشركة وفى الغاية هى التى تعبد الوثن اى الصنم وفى الفتح ويدخل فى عبدة الاوثان عبدة الشمس والنجوم والصور التى استحسنوها والمعطلة والزنادقة والاباحية وفى شرح الوجيز وكل مذهب يكفر به معتقده فهو يحرم نكاحها لان اسم المشرك يتناولهم جميعا وينبغى ان من اعتقد مذهبا يكفره ان كان قبل تقدم الاعتقاد الصحيح فهو مشرك وان طرأ عليه فهو مرتد وقال الرستغفنى لا يجوز المناكحة بين اهل السنة والاعتزال لكن قال فى البحر بعده واما المعتزلة فمقتضى الوجه حل مناكحتهم لان الحق عدم تكفير اهل القبلة وفى النهر واما المعتزلة فتجوز مناكحتهم لانا لا نكفر احدا من اهل القبلة وان وقع الزاما فى المباحث (قوله وهى من لادين لها ولا كتاب) وما قيل من انه كان لهم كتاب فواقع ملكهم اخته ولم ينكروا عليه فاسرى به فنسوه رد بان العبرة للحالة الراهنة وفى القاموس مجوس وضع دينا ودعا اليه نهر وقوله فاسرى به كذا فى البخارى من الجزية والذى فى الزيلعى والبحر عن المبسوط فرفع شيخنا (قوله وحل تزوج الكتابية) لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم اراد به الحرائر او العفائف عن الزنا وهو عطف على قوله تعالى اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم وصح ان حذيفة بن اليمان تزوج بيهودية وكذا كعب بن مالك وقول الشافعى ان الكتابية مشركة ضعيف لان الله تعالى عطف المشركين على

(و) حرم تزوج (امته) للعبد (وسيدته)
للعبد (و) تزوج (المجوسية) وهى
من لادين لها ولا كتاب (والوثنية) وهى
من تعبد الاصنام (وحل) للمسلم
(تزوج الكتابية) مطلقا

اليهود والعطف يقتضى المغايرة الاترى الى قوله تعالى لتجدن اشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين اشركوا الآية وكذلك لو ارتزوج الكتابية على المسلمة اوالمسلمة على الكتابية جاز والقسم بينهما على السواء لان جواز النكاح يبتنى على الحل الذى به صارت المراة محلا للنكاح بخلاف تزوج الامة على الحرة فانه لايجوز غاية واعلم انه اطلق فى حل التزوج بالكتابية فعم مالوكانت حربية ولكنه مكروه بالاجماع لانه ربما يختار المقام فى دار الحرب ولان فيه تعريض ولده للرق فربما تحبل وتسبى معه فيصير ولده رقيقا وان كان مسلما وربما يتخلق الولد باخلاق الكفار حموى وفى النهر مافى الخانية من كراهة تزوج الكتابية اذا كانت حربية محمول على التنزيه وفى الدر عن البحر وصح نكاح كتابية وان اعتقدوا المسيح الها وكذا حل ذبيحتهم على المذهب لكن فى النهر عن المستصفى وغيره حل مناكحتهم وذبائحهم مقيد بما اذا لم يعتقدوا ان المسيح اله قيل وعليه الفتوى (قوله سواء كانت اسرائيلية الخ) يعنى من أولاد بنى اسرائيل وهو يعقوب عليه السلام شيخنا واعلم انه كما جاز تزوج الكتابية جاز وطؤها بملك اليمين ايضا حموى عن الزيلعى (قوله والصابئة) اعلم ان كلام الاتقانى يقتضى ان الصحيح جواز نكاح الصابئة بالاتفاق قال واما رواية الخلاف بين ابى حنيفة وصاحبيه فذاك بناء على اشتباه حال الصابئين وقال الزيلعى الخلاف بناء على انهم عبدة الاوثان أولا فعندهما هم عبدة الاوثان فانهم يعبدون النجوم وعند ابى حنيفة ليسوا بعبدة الاوثان وانما يعظمون النجوم كتعظيم المسلم الكعبة فان كان كما فسره ابو حنيفة يجوز بالاجماع لانهم أهل كتاب وان كان كما فسراه لايجوز بالاجماع لانهم مشركون (قوله ولكن يكره) راجع للكتابية والصابئة كما فى شرح التنوير (قوله وقال الشافعى لايجوز) لقوله عليه السلام لا ينكح المحرم ولا ينكح بفتح الياء فى الجملة الاولى وضمها فى الجملة الثانية مع كسر الكاف يعنى وفتحها تصحيف ولنا ماورد من انه عليه السلام تزوج ميمونة وهو محرم وبنى بها وهو حلال ولكن يكره تحريما كما فى الدر لانه يؤدى الى تنبيه النفس لطلب الجماع فيشغل قلبه وهو فى العبادة قال فى النهر عن الفتح ولا يلزم ان يكون عليه السلام باشر المكروه لانتفاء ذلك فى حقه انتهى وتزويج المحرم وليته على هذا الخلاف يعنى يجوز عندنا ان يكون المحرم وليا فى النكاح خلافا للائمة الثلاثة غاية ولا يعارض بما روى انه عليه الصلاة والسلام تزوج ميمونة وهو حلال لضعفه كما فى الزيلعى أو اراد بالتزوج البناء لانه سببه ولهذا قال الطحاوى الذين رووا انه تزوج بها وهو محرم أهل فقه وثبت انتهى ولا حجة للامام الشافعى فى الحديث لانه محمول على نهى التحريم والنكاح للوطء والمراد بالجملة الثانية التمكين من الوطء والتذكير باعتبار الشخص نهر والثبت الثبات يقال رجل له ثبت عند الحملة بفتح الباء أى ثبات ويقال لا أحكم بكذا الا بثبت بفتح الباء أيضا أى بحجة مختار والمراد بالبناء الدخول قال فى الصحاح بنى على أهله بناء اى زفها والعامة تقول بنى باهله وهو خطا والاصل فيه ان الداخل باهله كان يضرب عليها ليلة دخوله بها قبة فقيل لكل داخل باهله بان انتهى (قوله ولو كانت كتابية) لكنه يكره بحر عن البدائع قال والظاهر انها تنزيهية (قوله وقال الشافعى لايجوز نكاح الامة الخ) لقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات ولنا قوله تعالى فانكحوا ماطاب لكم من النساء ولفظ النساء عام يدخل تحته الاماء والحرائر وما تلى يوجب الحكم عند وجود الوصف المذكور وعند وجود الشرط ولا يتعرض للنفى ولا للاثبات عند عدمه وكقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا زيلعى (قوله وقال ايضا لايجوز الخ) لما فيه من تعريض الحر على الرق قلنا ليس فيه ارقاق الحر لان الارقاق يستدعى تقديم الحرية والنطفة لاتوصف بالحرية فبطل ماذكروه ان لايحصل الولد بان يتزوج عاقرا او بالامتناع عن التزوج فكذا له ان لايحصل وصف الحرية فى الولد زيلعى (قوله اى لايحل نكاح الامة على الحرة) المتزوجة بنكاح صحيح بحر ومقتضاه جواز ادخال الامة على الحرة اذا كان نكاح الحرة فاسدا وبه صرح فى الشرنبلالية حيث قال فلو دخل بالحرة بنكاح فاسد لايمتنع نكاح الامة انتهى وانما لايحل تزوج الامة ولو مدبرة او أم ولد على الحرة لانه عليه السلام نهى ان تنكح

سواء كانت اسرائيلية اوغيرها (و) تزوج (الصابئة) ولكن يكره وقالا لايجوز له نكاح الصابئة وكذلك ذبائحهم وفى الكشاف الصابئة من صبأ اذا خرج من دين الى دين وهم قوم عدلوا عن دين اليهودية والنصرانية وعبدوا الملائكة (و) حل تزوج المرأة (المحرمة ولو) كان المتزوج (محرما) وقال الشافعى لايجوز (و) حل تزوج (الامة) لغيره مطلقا سواء كان يستطيع نكاح الحرة اولا (ولو) كانت (كتابية) وقال الشافعى لايجوز نكاح الامة اذا استطاع نكاح الحرة وقال ايضا لايجوز للحر نكاح امة كتابية اصلا (و) حل تزوج (الحرة على الامة لا عكسه) اى لايحل نكاح الامة على الحرة مطلقا سواء تزوجها حر او عبد برضا الحرة أو بغير رضاها وقال مالك يجوز نكاح الامة على الحرة

الامة على الحرة قال وتنكح الحرة على الامة قيد بالنكاح لان مراجعة الامة على الحرة جائز ووجهه كما فى الزيلعى ان الملك فيها باق ومافى النهر عن المحيط لايجوز نكاح الامة على الحرة ولا معها ويجوز نكاح الامة على الامة ومعها يشير الى انه لو تزوجهما بعقد صح نكاح الحرة وبطل نكاح الامة وبه صرح الزيلعى واعلم ان بطلان نكاح الامة مقيد بما اذا كان يصح نكاح الحرة وحدها فان لم يصح فضمها الى الامة لايوجب بطلان نكاح الامة حموى عن شرح ابن الشلبى وعن هذا قال الزيلعى تزوج اربعا من الاماء وخمسا من الحرائر فى عقد صح نكاح الاماء لان التزوج بالخمس باطل فلم يتحقق الجمع انتهى ولو تزوج امة بغير اذن مولاها ولم يدخل بها حتى تزوج حرة فاجازه المولى لم يجز لان للاجازة حكم الانشاء فى حق الحكم ولو تزوج ابنتها قبل الاجازة جاز لان الموقوف عدم فى حق الحل فلا يمنع نكاح غيرها نهر ومافى الاشباه فى القاعدة الثانية اذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام الحلال من انه اذا تزوج حرة وأمة فى عقد واحد بطل فيهما سبق قلم منه او من الناسخ فقد اعاد الزيلعى المسئلة فى خيار الشرط كما هنا وهو موافق للخانية والخلاصة والوجه ظاهر فان حل الامة انقص من حل الحرة واجتمع فى الامة وحدها المحرم والمبيح لانه لو تقدمت على الحرة حلت ولو تأخرت حرمت فقلنا بحرمة الامة دون الحرة عند العقد عليهما معا ترجيحا للمحرم على المبيح وقد كنت توقفت فيها حتى وجدت العلامة السيد أحمد الحموى سبقنى الى اعتراض العبارة وجزمه بالسهو اما منه أو من الناسخ شيخنا (قوله برضا الحرة) لان المنع لحقها كى لا يلحقها زيادة غضاضة بادخال الامة عليها فيرتفع برضاها زيلعى (قوله وقال الشافعى الخ) بناء على ان طول الحرة لا يمنع من التزوج بالامة فى حق العبد عنده وانما كان ذلك فى حق الحر فقط فلا يكون نكاحها ضررا فى حقه عنده والحجة عليهما كما سبق قوله عليه السلام لاتنكح الامة على الحرة اذه ومطلق (قوله ولو كان تزوج الامة فى عدة الحرة مطلقا) شمل الاطلاق مالوكانت العدة من نكاح فاسد وبه صرح البرجندى حموى ويخالفه مافى النهر من انها لو كانت عن فاسد او وطء بشبهة لم تمنع ومثله فى البحر ايضا (قوله او ثلاث) فيه ان الثلاث لايباين البائن حتى يعطفه باو حموى (قوله وعندهما يجوز ان كانت الخ) لان هذا ليس بتزوج عليها وهو المحرم واما الجمع بينهما فليس بمحرم بدليل جوازه فيما اذا تقدم نكاح الامة بخلاف نكاح المراة فى عدة اختها او الخامسة فى عدة الرابعة لان المحرم هناك الجمع وقد تحقق ولابى حنيفة ان لبقاء العدة حكم قيام النكاح فالاحتياط المنع زيلعى (قوله واربع من الحرائر والاماء) وعليه اجماع الائمة الاربعة ومن جوز اكثر من ذلك فقد خرق الاجماع وسنده قوله تعالى فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع لان حل الواحدة كان معلوما وهذه لبيان حل الزائد عليها الى حد معين مع بيان التخيير بين الجمع والتفريق فى ذلك وانما كان العدد فى الآية مانعا من الزيادة لوقوعه حالا قيدا فى الاحلال المفهوم من فانكحوا ولم يعطف باو لانه لو عطف باو لكان الحل مقتصرا على هذه الاعداد نهر عن الفتح لان او التخييرية تمنع الجمع بخلاف كونها للاباحة فانها تجوزه كقولك جالس الحسن او ابن سيرين شيخنا وكونه قيدا فى الاحلال المفهوم من الآية ظاهر فى انه حال مما طاب وبه صرح العلامة وجعله القاضى وغيره حالا من فاعل طاب ولا منافاة بينهما فى المعنى وقوله لكان الحل مقتصرا على هذه الاعداد أى على أحدها واعلم انه وقع فى الهداية والتبيين ان التنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه قال فى الشرنبلالية وهذا قول بالمفهوم ولا نقول به فكان ينبغى ان يقال كما فى الكافى والاقتصار على الاربع فى موضع الحاجة الى البيان يدل على انه لايجوز الزيادة عليه انتهى ثم اعلم ان حل الاربع مقيد بعدم خوف عدم العدل وثبوت المنع عن اكثر من واحدة عند خوفه قاله الكمال وفى البحر عن البدائع ما يفيد انه اذا خاف عدم العدل يستحب ان لا يزيد لا أنه يحرم شرنبلالية ايضا قيد بالتزوج لان التسرى غير مقيد بعدد حتى لو كان له اربع من الحرائر والف من الاماء فاراد شراء أمة اخرى فلامه رجل يخشى عليه الكفر لقوله تعالى الا على ازواجهم او ماملكت ايمانهم فانهم غير ملومين مقتضى التعليل ان يخشى عليه

برضا الحرة وقال الشافعى يجوز نكاح الامة على الحرة للعبد (ولو فى عدة الحرة) اى لايحل ولو كان تزوج الامة فى عدة الحرة مطلقا سواء كانت عدة طلاق بائن او ثلاث أو رجعى عند ابى حنيفة وعندهما يجوز ان كانت العدة عن طلاق بائن او ثلاث وان كانت معتدة عن طلاق رجعى لم يجز اتفاقا (و) حل تزوج (اربع) نسوة (من الحرائر والاماء فقط) للحر وقال الشافعى لايجوز للحر ان يتزوج

الكفر ايضا اذا اراد التزوج على امرأته فلامه رجل اذلا فرق بينهما كما فى النهر متعقبا لما فى البحر من قوله وينبغى ان لايخاف عليه الكفر قال ومافرق به من ان فى الجمع بين الحرائر مشقة بسبب وجوب العدل بينهن بخلاف الجمع بين السرارى فانه لاقسم بينهن مما لا اثر له مع النص وفى النهر عن البزازية له امرأة اوجارية فاراد اخرى فقالت اقتل نفسى له ان ياخذ ولا يمتنع لانه مشروع فلوترك لئلا يغمها يؤجر لحديث من رق لامتى رق الله له (فرع) دخل يهودى على ابى يوسف فقال مابال الزوج يتزوج اربع نسوة ولايحل للمرأة الازوج واحد فقال ابو يوسف هذا تعبد فقال هشام بن الحكم ان أمرنى القاضى اجبته فقال لان الرجل اذا تزوج اربعا فالانساب كلها ترجع اليه ولا تختلط ولو كان للمرأة ان تتزوج اكثر من واحد لاختلط الانساب قال محمد الجواب على ماقال ابو يوسف لان الامر لو كان على هذا المعنى لكان للرجل ان يتزوج اكثر من اربع نسوة حموى عن النوازل (قوله الا امة واحدة) لانه ضرورى عنده ولذا اطلاق قوله تعالى فانكحوا ماطاب لكم من النساء اذ الامة المنكوحة ينتظمها اسم النساء (قوله تزوج تسع للحر) لان الله اباح ثنتين بقوله مثنى ثم عطف عليه ثلاث ورباع بالواو وهى للجمع فيكون المجموع تسعا وهذا خرق للاجماع فان الامة اجمعت على انه لايجوز اكثر من اربع ولا حجة لهم فيماذكر لان الخطاب للجميع والواو بمعنى او فلا تفيد الجمع نظيره جاعل الملائكة رسلا اولى أجنحة مثنى وثلاث ورباع ليس معناه ان لكل واحد منهم تسعة اجنحة بل معناه ان لطائفة منهم اثنين ولطائفة ثلاث ولطائفة اربع زيلعى واعلم ان مثنى وثلاث ورباع غير منصرفة للعدل والصفة فانها بنيت صفات وان كانت اصولها لم تبن لها وقيل لتكرار العدل فانها معدولة باعتبار الصيغة والتكرير منصوبة على الحال من فاعل طاب بحر عن البيضاوى (قوله وثنتين للعبد) ولومدبرا أومكاتبا نهر أوابن أم ولد غاية يعنى من غير مولاها شيخنا لان ابن أم الولد من مولاها حر ويكفى لثبوت نسب ولد ام الولد من المولى ان لا ينفيه وان لم يدعه بخلاف الامة حيث يتوقف ثبوت نسب ولدها على وجود الدعوة من السيد كما سيأتى فى محله قيد بالتزوج لان التسرى لايحل له ولومكاتبا لانه يبتنى على الملك نهر ومنه يعرف ان مايقع لبعض التجار من انه يدفع جارية لعبده ليطاها من غير عقد فذلك حرام فليجتنب وانما ملك الطلاق لانه لمن اخذ بالساق (قوله وقال مالك له ان يتزوج اربعا) للعمومات والحجة عليه ماروى عن عطاء ان أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم اجمعوا على ان العبد لايجمع بين النساء فوق اثنتين ولان الرق منصف للنعمة زيلعى (قوله ولكن لايطأ الخ) لقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره فان قيل كيف يسقيه مع انسداد فم الرحم قلت الشعر ينبت من ماء الغير بحر والمراد ازدياد نبات الشعر لا اصل نباته قال فى التبيين والكافى لان به يزداد سمعه وبصره حدة كما جاء فى الخبر شرنبلالية ودواعى الوطء كالوطء بحر وقوله عليه السلام فلا يسقين ماءه زرع غيره يجوزان يكون ماءه مفعولا اولا ليسقى والفاعل ضمير من ويجوزان يكون هو الفاعل وعداه لمفعول واحد علقمى عن العراقى شيخنا (قوله حتى تضع حملها عندهما) الا انه لا نفقة لها وقيل يجب والاول اوجه ولا خلاف فى جوازه للزانى نهر لكن نقل الحموى عن المفتاح معزيا لمجموع النوازل انه اذا تزوج حبلى من الزنا فالنكاح صحيح عند الكل وتستحق النفقة عند الكل ويحل له وطؤها عند الكل انتهى واقول يمكن حمل حل الوطء يعنى ولو قبل الوضع على ما اذا كان ذلك الرجل الذى تزوج بها معترفا بان الحمل منه بان كان هو الذى زنا بها يدلك على هذا مانقله الحموى ايضا عن الخانية من انه اذا اتهم رجل بامرأة فظهر بها حمل والرجل ينكر فزوجت منه جاز النكاح فى قول ابى حنيفة ومحمد ولايحل له وطؤها حتى تضع حملها انتهى بناء على ان مفهوم قوله وهو ينكر انه لو كان مقرا جاز له الوطء لعدم سقيه زرع غيره كما ذكره الحموى ايضا قائلا ومفهوم الرواية معتبر وكما يجوز له وطؤها ولو قبل الوضع اذا كان هو الزانى فكذا يثبت نسب الولد منه كما فى الدر المختار عن النهر ونصه لونكحها الزانى حل له وطؤها اتفاقا والولد له ولزمه النفقة ولو زوج امته أو ام ولده الحامل بعد علمه قبل

الا امة واحدة حال عدم طول الحرة على مامر آنفا وانما قال فقط نفيا لقول اصحاب الظواهر فانهم يجيزون تزوج تسع للحر (و) حل تزوج (ثنتين) من الحرائر أو الاماء (للعبد) وقال مالك له ان يتزوج اربعا (و) حل تزوج (حبلى من زنا) ولكن لا يطؤها حتى تضع حملها عندهما

اقراره

اقراره به جاز وكان نفيا انتهى وهو باطلاقه شامل لما اذا جاءت به بعد النكاح فى مدة حمل تامة ام لا وهو مخالف لما نقله الحموى عن الواقعات الحسامية حيث قال رجل زنا بامرأة فحملت منه فلما استبان حملها تزوجها الذى زنا بها فالنكاح جائز فان جاءت بولد بعد النكاح لستة اشهر فصاعدا يثبت النسب منه ويرث منه لانها جاءت بالولد فى مدة حمل تامة عقيب نكاح صحيح وان جاءت به لاقل من ستة اشهر لا يثبت النسب ولا يرث منه لانها لم تجئ به لمدة حمل تامة انتهى (قوله وعند ابى يوسف يفسد النكاح) قياسا على الحبلى من غيره بجامع ان كلا منهما محترم لايجوز اسقاطه والفرق لهما ان الامتناع فى ثابت النسب لحرمة صاحب الماء لا للحمل ولا حرمة للزانى نهر (قوله لا من غيره) ولا من حربى أو سيدها المقر به كما فى الدر وعن ابى حنيفة ان كان من حربى كالمهاجرة والمسبية يجوز النكاح ولا يطأ حتى تضع واعتمدها الكرخى والطحاوى ومنعها محمد والاول اصح عينى وظاهره ترجيح جواز العقد على الحبلى من حربى بناء على ان قوله والاول اصح يرجع لقوله وعن ابى حنيفة الخ لكن يخالفه مافى الزيلعى من قوله ان الاصح المعتمد عليه منع محمد جواز نكاح المهاجرة والمسبية الحامل انتهى وتزول المخالفة بجعل قوله والاول اصح عائدا الى قوله لامن غيره واعلم ان اطلاق قوله لامن غيره يشمل ام ولده الحامل فلوزوجها فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة فلوصح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين الا انه غير متأكد حتى ينتفى الولد بالنفى من غير لعان فلا يعتبر مالم يتصل به الحمل نهر عن الهداية والفراش صيرورة المرأة بحال لوجاءت بولد ثبت نسبه من غير دعوة عناية والفراش ثلاثة انواع قوى ووسط وضعيف فالاول فراش المنكوحة يثبت نسب ولدها بلا اقرار ولا ينتفى الا باللعان والثانى فراش ام الولد يثبت النسب بلا اقرار وينتفى بمجرد النفى والثالث فراش الامة لايثبت نسب ولدها بلا دعوة فلما كان الفراش غير متأكد فى أم الولد لم يعتبر الفراش مالم يتصل به الحمل فجاز تزويجها قبل الحبل بخلاف مابعد الحبل حيث لم يجز تزويجها لانها اعتبرت حينئذ فراشا لمولاها فلوجاز النكاح لزم الجمع بين الفراشين شيخنا عن الغاية (فرع) تزوج امرأة فجاءت بسقط استبان خلقه بمقدار بعة اشهر جاز نكاحها وان كان اقل لم يجز لان خلقه لايكون الا فى مائة وعشرين يوما حموى عن البرجندى (قوله فالنكاح فاسد اجماعا) لقوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله والمراد انقضاء العدة ولا تعتد الحبلى من الزنا شيخنا عن الغاية (قوله والموطوءة بملك يمين الخ) بالجر عطفا على تزوج الكتابية اى وحل ايضا تزوج الموطوءة عينى وقال الرازى معطوف على حبلى من زنا حموى (قوله ويستحب للمولى ان يستبرئها) الصحيح وجوبه وجعل فى الحاوى الحصيرى الوجوب قول محمد بحر عن الذخيرة (قوله وقال محمد لا احب الخ) ظاهر كلام الشارح انهما لا يقولان باستحباب الاستبراء بناء على ان استحباب الاستبراء قول محمد فقط لا على ماقاله بعض المشايخ من انه قول الكل وذلك ان محمدا انما نفى الاستحباب ومعنى نفى الاستحباب أنه ان وطئ قبل الاستبراء يكون تاركا للمستحب وهما اثبتا جواز النكاح بدونه فلا معارضة نهر لكن كلامه فى الهداية يقتضى ان الاستحباب قول محمد فقط بدليل قوله والخلاف مقيد بما اذا لم يستبرئها المولى فان استبرأها كان للزوج ان يطأها بدونه اتفاقا انتهى وحكاه فى غاية البيان بقيل (قوله وكذا الحكم ان رأى رجل امرأة تزنى) وله ان يطأها خلافا لمحمد كذا قال الزيلعى وخلاف محمد فى حل الوطء لا فى صحة العقد فقوله خلافا لمحمد متعلق بقوله وله ان يطأها لا بجاز لان نكاح الزانية جائز اتفاقا اذا لم تكن حبلى فان كانت حبلى صح خلافا لابى يوسف شرنبلالية فان قلت ينبغى ان لايحل وطؤها لاحتمال الشغل ودليل الحرمة عند معارضة دليل الحل راجح واجيب بانه تعارض احتمال وجود الحل وعدمه فرجحنا جانب العدم لاصالته ولتقوى الاصالة بعدم حرمة صاحب الماء نهر عن العناية ثم قال لكنه يندب له استبراؤها قبل الوطء على مامر وفى هذا تصريح بجواز نكاح الزانية وفى المجتبى لايجب تطليق الفاجرة ولايجب عليها تسريح الفاجر واما قوله تعالى والزانية لاينكحها الا زان او مشرك فمنسوخ باية

وعند ابى يوسف يفسد النكاح (لا من غيره) أى لا يحل تزوج حبلى من غير زنى حتى ان كان الحمل ثابت النسب فالنكاح فاسد اجماعا (و) حل تزوج (الموطوءة بملك) يمين (أو زنا) بان وطئ المولى امته ثم زوجها من غيره ويستحب للمولى ان يستبرئها واذا جاز النكاح فللزوج ان يطأها قبل ان يستبرئها عندهما وقال محمد لا أحب أن يطأها قبل أن يستبرئها وكذا الحكم ان رأى رجل امرأة تزنى وتزوجها (و) حل تزوج

فانكحوا ما طاب لكم زيلعي ولعل معنى تسريح الفاجر الاخذ في اسبابه كان تبذل له مالا ليخالعها حموى قال او ترفع امرها للقاضي فيطلق عليه انتهى ومراده قاض يراه (قوله والمضمومة الى محرمة) لان المبطل في احداهما فيتقدر بقدره بخلاف البيع فانه يبطل بالشروط الفاسدة والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة فافترقا زيلعي وقوله بخلاف البيع اى بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع حيث لا يصح في العبد لان قبول العقد في الحر شرط فاسد في بيع العبد بحر ولو دخل بالمحرمة فلها مهر المثل كما في الدراية يجب لها مهر المثل بالغا ما بلغ وهو الصحيح وما في الزيادات من ان لها مهر مثلها ولا يجاوز حصتها من الالف فقولهما كما في النهر (قوله بان كانت ذات رحم محرم) او منكوحة الغير او معتدة الغير غاية بيان (قوله وعندهما ينقسم الى آخره) لان المسمى مقابل بهما فيكون منقسما عليهما فيلزمه حصة ما سلم له ولا يلزمه حصة ما لم يسلم كما اذا اشترى عبدا ومدبرا يلزمه حصة العبد دون المدبر ولابي حنيفة ان التي لا تحل لا تصلح ان تكون مزاحمة للتي تحل فيكون لها كله كما لو تزوجها وحمارا او جدارا بخلاف بيع القن مع المدبر لان المدبر داخل في العقد لكونه محلا له وانما ينتقض البيع بعده لحقه فيكون له حصة والمحرمة ليست بداخلة فيه زيلعي واورد على قول الامام ان ايجاب مهر المثل واسقاط الحد بالدخول فرع دخولها في العقد وقد قال بعدمه واجيب بان ذلك من حكم صورة العقد وعلى قولهما كيف وجب حصتها من الالف بالدخول وهو حكم دخولها في العقد ثم يجب الحد مع ان الحد والمهر لا يجتمعان قال في الفتح ولا مخلص الا بتخصيصهما الدعوى فيجب الحد لانتفاء شبهة الحل والمهر للانقسام بالدخول في العقد نهر (قوله على مهر مثلهما) حتى لو كان الفا ومهر مثل المحرمة الفان والمحللة الف كان لها ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث (قوله وبطل نكاح المتعة) وهذا كان مباحا ايام خيبر وايام فتح مكة الا انها صارت منسوخة باجماع الصحابة ولو اباحه صار كافرا لكن ليس فيه تعزير ولا حد ولا رجم قهستاني وفي الزيلعي روى انه عليه السلام حرمها يوم خيبر من رواية علي بن ابي طالب متفق عليه وروى انه عليه السلام حرمها يوم الفتح رواه مسلم وقال بعضهم نسخت بقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم وهي ليست من الازواج بدليل انتفاء حكم النكاح عنها او انتفاء شرطه من وجوب النفقة والسكنى والطلاق والعدة والارث وصحة الايلاء والظهار والشهود ولا هي مما ملكته الايمان ثم اعلم ان المتعة على اربعة اوجه اثنتان في الحج واثنتان في النكاح اما اللتان في الحج فاحداهما مشروعة ذكرت في باب التمتع في الحج والاخرى منسوخة وهي فسخ احرام الحج بافعال العمرة وهو ان الرجل اذا دخل مكة محرما بالحج قبل وقت الحج ثم اراد ان يخرج من احرام الحج بافعال العمرة وهذا قد كان ثم نسخ واما اللتان في النكاح فاحداهما مشروعة وهي ثلاثة اثواب درع وخمار وملحفة والاخرى غير مشروعة وهي نكاح المتعة غاية (قوله وقال مالك هو جائز) قال الاتقاني وهذا فيه نظر عندي لان مالكا روى الحديث على عدم جواز المتعة في الموطا ولم يرو خلاف ذلك ولم ينقل قولا آخر غيره واما ابن عباس فكان يقول ذلك ثم رجع وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي المتعة ان يقول اعطيك كذا على ان اتمتع بك يوما او نحو ذلك ثم قال وهذا الاخلاف من العلماء في فساده فعلم ان جواز المتعة عند مالك ليس بصحيح وقد قال مالك في المدونة ولا يجوز النكاح الى اجل قريب او بعيد وان سمى صداقا وهذه المتعة الى هنا لفظ مالك كذا بخط شيخنا والحاصل ان نسبة القول بجواز المتعة الى الامام مالك خطأ وغلط (قوله وبطل نكاح الموقت) من عطف الخاص على العام بناء على ما ذكره الكمال من ان الموقت من افراد المتعة وان عقد بلفظ التزويج واحضر الشهود كما في البحر خلافا لما في العناية لان مبنى الفرق بينهما على انه في المتعة لا بد وان يكون بلفظ اتمتع بك ونحوه مع انه لم يعرف في شيء من الآثار لفظ واحد ممن باشرها من الصحابة بلفظ اتمتع بك شهر (قوله سواء كان وقتا طويلا الخ) وشمل المدة المجهولة ايضا وقيد بالموقت لانه لو تزوجها على ان يطلقها بعد شهر فانه جائز لان اشتراط القاطع يدل على انعقاده مؤبدا وبطل الشرط

(والمضمومة الى محرمة) بان جمع بين امرأتين في عقدة واحدة واحداهما لا يحل له نكاحها بان كانت ذات رحم محرم منه حل نكاح التي حل نكاحها وبطل نكاح الاخرى (و) جميع (المسمى) أي المهر (لها) أي للمضمومة عند أبي حنيفة وعندهما ينقسم المسمى على مهر مثلهما فما اصاب التي حل نكاحها يجب وما أصاب التي بطل نكاحها سقط (وبطل نكاح المتعة) وصورتها بان يقول لامرأة خذى هذه العشرة لاتمتع بك أياما وقال مالك هو جائز (و) بطل نكاح (الموقت) مطلقا سواء كان وقتا طويلا أو لا وصورته ان يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة أيام

كما في القنية ولو تزوجها بنية ان يقعد معها مدة نواها فالنكاح صحيح لان التوقيت انما يكون باللفظ شرنبلالية عن البحر ولا بأس بتزوج النهاريات وهو ان يتزوجها على ان يقعد معها نهارا دون الليل زيلعي لكن هل لها ان ترجع وتطالبه بالمبيت عندها ليلا الظاهر لها ذلك حيث كان لها ضرة ولا يمنعها الشرط السابق (قوله وقال زفر التوقيت باطل والنكاح صحيح) لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة قلنا هو في معنى نكاح المتعة والعبرة للمعاني دون الالفاظ زيلعي وفيه تأييد لما ذكره الكمال من عدم المغايرة بين المتعة والموقت (قوله وروى الحسن عن ابي حنيفة الخ) لانه في معنى المؤبد ووجه الظاهر ان التوقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد زيلعي (قوله والفرق بين النكاحين في اللفظ لا المعنى) وهو أن الاول يقع بلفظ التمتع والثاني بلفظ النكاح وفيه نظر بل بينهما فرق من حيث المعنى وهو ان المتعة يشترط فيها تعيين مقدار المهر فيصير بظاهره كالبيع بخلاف الموقت حيث لا يشترط فيه ذكر المهر حموى عن البرجندي وهو مخالف لما سبق عن الكمال والزيلعي فتنبه وقوله فيصير بظاهره كالبيع أي من حيث انه يشترط في البيع تعيين مقدار الثمن (تتمة) لم يتعرض المصنف ولا الشارح لحكم تعليق النكاح بالشرط كما لو قال لبنته ان دخلت الدار زوجتك من فلان وقال فلان تزوجتها فان التعليق لا يصح وكذا النكاح خلافا لما في الدرر حيث قال التعليق لا يصح وان صح النكاح ولهذا تعقبه في الشرنبلالية بقوله لم أر من قال بصحة النكاح المعلق سوى المصنف بل كلامه في البيوع يخالف هذا حيث قال النكاح لا يصح اضافته الى الزمان كما لا يجوز تعليقه بالشرط لما فيه من معنى القمار انتهى وصرح بعدم صحة النكاح المعلق في الفتح والخلاصة والبزازية عن الاصل والخانية والتتارخانية وفتاوى أبي الليث وجامع الفصولين والقنية ولعله اشتبه عليه النكاح المعلق على شرط بالنكاح المشروط معه شرط فاسد وبينهما فرق واضح اه فان قلت ما ذكره في الشرنبلالية يشكل بما ذكره عزمي زاده حيث اقرّ ما في الدرر وذكر ان ما ذكره من ان النكاح يصح ويبطل التعليق موافق لما في الخلاصة والعمادية ولفظهما والنكاح لا يصح تعليقه بالشرط ولا اضافته ولكن لا يبطل بالشرط ويبطل الشرط انتهى فلا وجه لما قيل بل النكاح غير صحيح الخ ما ذكره قلت ذكر شيخنا ان ما ذكره عزمي زاده سهو منه بين واشتباه انتهى واعلم انه يستثنى من عدم صحة تعليق النكاح بالشرط ما اذا علق بشرط كائن كما لو خطب ابنته فقال اني زوجتها من فلان أمس فلم يصدقه الخاطب فقال ان لم اكن زوجتها أمس من فلان فقد زوجتها منك وقبل ثم ظهر انه لم يكن زوجها ينعقد لان التعليق بشرط كائن تحقيق فيكون تنجيزا كما في الدرر والغرر عن العمادية وكذا اذا وجد المعلق عليه في المجلس كذا ذكره حموي زاده وعممه المصنف أي مصنف التنوير بحثا لكن في النهر قبيل كتاب الصرف في مسئلة التعليق برضا الاب والحق الاطلاق قال في الدر فليتأمل المفتي (قوله وحل له وطء امرأة ادعت عليه الخ) ويشترط حضور الشهود عند القاضي وقت القضاء في قول العامة وعند بعضهم لا يشترط قال في الفتح وهو الاوجه لان انعقاد العقد في ضمن القضاء وما ثبت في ضمن شيء لا يراعى فيه شرائطه ولهذا اسقط الايجاب والقبول كما في الزيلعي (قوله وعندهما وعند الشافعي الخ) وبه يفتي شرنبلالية عن المواهب (قوله وهي مسئلة قضاء القاضي الخ) فينفذ ظاهرا وباطنا عند أبي حنيفة والمراد من النفاذ ظاهرا ثبوت حكمه كالتمكين والنفقة والقسم وغير ذلك والمراد من النفاذ باطنا ثبوت الملك والحل فيما بينه وبين الله تعالى وان أثم المدعي اثم اقدامه على الدعوى الكاذبة نهر لهم ان القضاء اظهار ما هو ثابت لا اثبات ما لم يكن ثابتا فلا ينفذ قضاء القاضي باطنا لان الشهود كذبة كما اذا ظهر الشهود كفارا او عبيدا أو محدودين في قذف ولهذا لا ينفذ القضاء باطنا بشاهدي زور اذا كانت المرأة منكوحة للغير او معتدة الغير وكذا لا ينفذ القضاء باطنا في الاملاك المرسلة وله ان القاضي مأمور بالقضاء بالشهادة الصادقة عنده لا عند الله تعالى لان الوقوف على حقيقة الصدق متعذر لان حقيقة الصدق لا يعلمها الا الله تعالى بخلاف ما اذا وجدوا كفارا ونحوهم حيث لا ينفذ القضاء باطنا لان الوقوف على هذه

وقال زفر التوقيت باطل والنكاح صحيح وروى الحسن عن ابي حنيفة انهما اذا وقتا وقتا لا يعيشان الى ذلك غالبا يصح والفرق بين النكاحين في اللفظ لا المعنى (و) حل (له وطء امرأة ادعت عليه انه تزوجها) وأقامت البينة (وقضى) القاضي (بنكاحها ببينة و) الحال انه (لم يكن تزوجها) قبل وعندهما وعند الشافعي لا يسعه ان يطأها وهي مسئلة قضاء القاضي بشهادة الزور في العقود والفسوخ وستجيء في باب أدب القاضي

الاشياء متيسر بالامارات فاذا لم يقف علم انه قصر فلم يكن مأمورا بالقضاء كما اذا قضى فى حادثة باجتهاده وثمة نص آخر بخلافه لا يعلمه أما هنا فقد بالغ فى التفحص عن حال الشهود فلم يوجد منه تقصير غاية ولا خلاف بينهم فى الاملاك المرسلة ان قضاءه لا ينفذ ومعناه ان يدعى الملك المطلق ولم يذكر له سببا بان قال هذا ملكى وأقام البينة عليه وقضى به القاضى زيلعى

(باب الاولياء والاكفاء)

لما ذكر النكاح وألفاظه ومحله شرع فى بيان عاقده نهر والولى فى اللغة خلاف العدو وفى الاصول هو العارف بالله تعالى باسمائه وصفاته حسب ما يمكن المواظب على الطاعات المجتنب المعاصى الغير المنهمك فى اللذات والشهوات شرنبلالية (قوله وهى جمع ولى) كذا فى بعض النسخ وفى بعضها وهو وتوجيه الاول بتأويل الجمع بالجماعة والثانى بارجاع الضمير على الجمع باعتبار مفرده حموى وتعقبه شيخنا بان فيه من التكلف ما لا يخفى فان المتبادر من النسخة الموجود فيها هى عود الضمير على كلمة الاولياء وضميره هو على النسخة الاخرى راجع الى لفظ الجمع ولا شك ان اعتبار المعنى وان كان صحيحا لا يناسب الحمل فى الثانى انتهى والولى هو العاقل البالغ الوارث فخرج الصبى والمعتوه والعبد والكافر على المسلمة وما فى البزازية من ان الاب او الجد اذا كان فاسقا فللقاضى ان يزوج من الكفء قال فى الفتح انه غير معروف فى المذهب وهى على نوعين ولاية ندب وهى الولاية على العاقلة البالغة بكرا كانت او ثيبا وولاية اجبار وهى الولاية على الصغيرة بكرا كانت او ثيبا والمعتوهة والمرقوقة وتثبت بالقرابة والملك والولاء والامامة نهر واطلق المرقوقة فعم ما الرق فيها كامل وهى القنة او ناقص وهى المدبرة وأم الولد لانه ثبت لهما بالتدبير والاستيلاد حق الحرية والحاصل ان الرق فى المدبرة وام الولد قائم غير زائل بدليل انهما انما يعتقان بعد موت المولى وان كان بالتدبير والاستيلاد انتقص الرق فيهما ولهذا لا يجزى عتقهما عن الكفارة فاذا علمت هذا ظهر انه لا وجه للتصويب الذى نقله السيد الحموى عن ابن الكمال فى اصلاح الهداية حيث ذكر ان الصواب ابدال المرقوقة بالمملوكة فتدبر (قوله وهى تنفيذ الحكم على الغير الخ) هذا التعريف قاصر على ولاية الاجبار ولا يشمل ولاية الندب حموى بدليل قول الشارح شاء او أبى (قوله نفذ نكاح حرة الخ) لما كان نفى وجوب الولاية فى النكاح هو المهم لاشتهار الوجوب فى بعض الديار افتتح الباب به وتقييده بالحرة للاحتراز عن الامة ولو مدبرة او مكاتبة او أم ولد نهر (قوله عاقلة بالغة) مسلمة كانت أم لا وما فى العينى من تقييده بالمسلمة قال فى النهر انه من سبق القلم (قوله بلا حضور ولى واذنه) سواء زوجت نفسها من كفء أم لا فى ظاهر الرواية عن الامام وصاحبيه لانها تصرفت فى خالص حقها فصار كما اذا تصرفت فى مالها (قوله واعلم ان النفاذ أخص من الانعقاد) يعنى وبينهما عموم وخصوص مطلق فلهذا اختار المصنف التعبير به دونه حموى (قوله وعن أبى يوسف الخ) الذى فى الزيلعى وكان أبو يوسف يقول اولا انه لا ينعقد الا بولى اذا كان لها ولى ثم رجع وقال ان كان الزوج كفؤا لها جاز والا فلا ثم رجع وقال جاز سواء كان الزوج كفؤا لها او لم يكن انتهى ومنه يعلم ان ما ذكره الشارح عن أبى يوسف بالنسبة لقوله الاول وسيأتى فى كلام الشارح ما يدل على ذلك وهو قوله ثم فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة وهو قولهما آخرا لو تزوجت من غير كفء يصح (قوله وعند محمد ينعقد موقوفا) ويروى رجوعه الى قولهما زيلعى وسيذكره الشارح فى الفصل الذى يلى هذا الباب ويشير اليه ما سيأتى من قوله ثم فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة وهو قولهما آخرا لو تزوجت من غير كفء يصح (قوله وعند مالك والشافعى لا ينعقد بعبارة النساء اصلا) لقوله عليه السلام لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل ولنا قوله تعالى فلا جناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهن وقوله عليه السلام الايم أحق بنفسها من وليها زيلعى وروى ابن عباس ان فتاة جاءت لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان أبى زوجنى من ابن أخ له وانا له كارهة فقال

(باب الاولياء) وهى جمع ولى وهو من الولاية وهى تنفيذ الحكم على الغير شاء او أبى (والاكفاء) وهى جمع كفء وهو النظير (نفذ نكاح حرة) مكلفة مطلقا سواء كانت بكرا أو ثيبا (مكلفة) عاقلة بالغة (بلا) حضور (ولى) واذنه عندهما واعلم ان النفاذ أخص من الانعقاد وعن أبى يوسف فى غير ظاهر الرواية لا ينعقد الا بولى وعند محمد ينعقد موقوفا على اجازة الولى وعند مالك والشافعى لا ينعقد بعبارة النساء اصلا سواء زوجت نفسها أو بنتها او امها أو توكلت بالنكاح عن الغير او زوجت نفسها باذن الولى او بنتها ثم فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة وهو قولهما آخرا لو تزوجت من غير كفء يصح حتى يثبت حكم الطلاق والايلاء والظهار والتوارث

صلى

صلى الله عليه وسلم أجيزى ما صنع ابوك فقالت لا رغبة لى فيما صنع أبى فقال اذهبى فانكحى من شئت فقالت لا يا رسول الله ولكنى اردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء من امور بناتهم شئ فيحمل ما رويناه على الحرة العاقلة البالغة وما روياه على الامة توفيقا ولان ما ذكرناه سالم عن الطعن وما روياه مطعون فيه فقد حكى عن العباس بن المروزى قال سمعت يحيى بن معين يقول ثلاثة أحاديث لم تثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم كل مسكر حرام ومن مس ذكره فليتوضأ ولا نكاح الا بولى وشاهدى عدل ووافقه على ذلك أحمد بن حنبل واسحاق بن راهويه شيخنا عن الاختيار والايم هى التى لا زوج لها واسحاق بن ابراهيم بن راهويه هكذا عند المحدثين بضم الهاء وسكون الواو وفتح الياء وبالهاء الساكنة والنحويون يفتحون الهاء والواو ويسكنون الياء شيخنا عن شرح التقريب (قوله وغير ذلك) كحل المطلقة ثلاثا (قوله ولكن للاولياء حق الاعتراض) اراد بالاولياء خصوص العصبات لا مطلقا لما فى الخانية على ما ذكره الحموى من ان الاعتراض مخصوص بالعصبة انتهى ولو غير محرم كابن العم فى الاصح كما فى الدرعن الخانية أيضا قال فخرج ذوو الارحام والام والقاضى انتهى فلو عبر بالعصبة لكان أولى لكنه تبع صاحب الهداية (قوله حق الاعتراض) فيفسخه القاضى ما لم يسكت حتى تلد وينبغى الحاق الحبل الظاهر بالولادة أو يوجد منه ما يدل على الرضا كقبض المهر ورضا البعض كالكل اذا استووا والا فللاقرب حق الفسخ تنوير وشرحه وفى البرجندى على ما نقل عنه الحموى معزيا الى الخزانة اذا رضى الاب كان للاخ طلب الفسخ الخ وعليه فلا يكون رضا البعض مسقطا حق من دونه وفى البرجندى على ما نقل عنه الحموى أيضا معزيا للعضيرى اذا اجازه بعض الاولياء لم يبق للباقين حق الاعتراض الا عند أبى يوسف انتهى والتقييد برضا البعض لان التصديق من البعض بانه كفء لا يسقط حق من أنكر لانه ينكر سبب الوجوب وانكار سبب وجوب الشئ لا يكون اسقاطا له شرنبلالية عن البحر واشار فى الدرر بقوله أى رضا بعض الاولياء كرضا كلهم حتى اذا عقد واحد منهم لم يقدر الباقى على فسخه انتهى الى ان المراد من قوله فى المتن ورضا البعض كالكل ما هو الاعم من ان تكون هى التى باشرت العقد دون أوليائها فرضى أحدهم أو يكون العاقد أحدهم وحينئذ فلا حق لبقيتهم مع استواء درجتهم اذا علمت هذا ظهر ان ما ذكره الشيخ شاهين من ان قوله حتى اذا عقد واحد الخ صوابه حتى اذا رضى لان فرض المسئلة فى امرأة بالغة حرة زوجت نفسها من غير كفء انتهى ساقط اذ مبنى التصويب ذهوله عن كون رضا البعض شاملا لما قبل العقد كذا ذكره شيخنا قال ثم رأيته بحمد الله فى البحر ونصه أطلق فى الرضا فشمل ما اذا رضى بعضهم قبل العقد أو رضى بعده كما فى القنية انتهى (قوله وروى الحسن عن أبى حنيفة ان النكاح لا ينعقد) وهذا كما فى النهر ان كان لها ولى فان لم يكن صح النكاح اتفاقا لان عدم الصحة على هذه الرواية انما كان دفعا للضرر عن الاولياء فانهم قد يعيرون وأما ما يرجع الى حقها هى فقد سقط برضاها واعلم ان ما وقع فى حاشية السيد الحموى من قوله فانهم قد يعيروا بدون النون صوابه يعيرون باثباتها اذ لا موجب لحذفها (قوله لا ينعقد) ظاهره البطلان وهو الظاهر من كلام الزيلعى والدر اذ المتبادر من نفى الانعقاد نفى الصحة فيشكل حينئذ بان الذى رواه الحسن كما ذكره الحموى عدم النفاذ فيما لو تزوجت من غير كفء فليحرر انتهى (قوله الفتوى على قول الحسن فى زماننا) لانه ليس كل قاض يعدل ولا كل ولى يحسن المرافعة وفى الجثو بين يدى القضاة مذلة فسد الباب ويتفرع عليه ما فى النهر عن صدر الاسلام ان المطلقة ثلاثا لو زوجت نفسها غير كفء ودخل بها الزوج ثم طلقها لا تحل للاول على ما هو المختار يعنى اذا كان لها ولى كما سبق اما لو باشر الولى عقد المحلل أو لم يباشر ولكن رضى به فانها تحل ولا بد من معرفته اياه ولا يكتفى بمجرد قوله رضيت بتزويجها من غير كفء اذا لم يعلم بالزوج لان الرضا بالمجهول لا يصح بحر تفقها وأقره فى النهر وفى البحر وافتى كثير من المشايخ بظاهر الرواية فقد اختلف الافتاء ومثله فى النهر أيضا عن برهان الائمة معللا بقوة دليل الامام الاعظم (قوله ولا تجبر بكر بالغة على النكاح) لانقطاع الولاية بالبلوغ ولانها حرة مخاطبة فلا يكون لغيرها عليها

وغير ذلك قيل التفريق ولكن للاولياء حق الاعتراض وروى الحسن عن أبى حنيفة ان النكاح لا ينعقد وبه أخذ كثير من مشايخنا قال شمس الائمة السرخسى هذا أقرب الى الاحتياط وقال القاضى الامام فخر الدين الفتوى على قول الحسن فى زماننا (ولا تجبر بكر بالغة على النكاح)

ولاية وانما ملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة ولهذا لا يملكه مع نهيها هداية والجد كالاب عند فقده وليس لها ان لا تجيز القبض عند عدم النهي أما غيرهما من الاولياء فليس لهم ذلك الا بالامر ولو صغيرة الا اذا كان هو الوصي يعني اذا كان وليها العاقد هو الوصي يملك قبض الصداق كسائر الديون وقيدوا بالبكر لان الثيب ليس لاحد قبض صداقها الا بامرها وقيدوا بالمهر لانه ليس له قبض ما وهبه واهداه الزوج لها قبل الدخول حتى لو قبضه كان للزوج استرداده نهر وقوله أما غيرهما من الاولياء فليس لهم ذلك الا بالامر ولو صغيرة أي بالامر منها أو من القاضي ان كانت صغيرة كذا ذكره شيخنا (فرع) زوج الاب بنته من عبده ليكون محرما لها من غير علم العبد وأعلم البنت بذلك جاز حموي عن البرجندي في فصل المحرمات معزيا الى الملتقط ومفهوم قوله وأعلم البنت ان اعلامها شرط للجواز بمعنى النفاذ وهذا ظاهر بالنسبة للبالغة أما القاصرة فلا يشترط اعلامها وفي هذه المسئلة ايماء الى ان المحرمية لا تثبت بالموقوف والا لما اشترط اعلامها فتدبر (قوله وقال الشافعي الاب والجد الخ) اعتبارا بالصغيرة وهذا لانها جاهلة بامر النكاح لعدم التجربة فمدار الاجبار عنده على البكارة وعندنا على الصغر فالثيب البالغ لا جبر عليها اتفاقا والبكر القاصرة تجبر اتفاقا وفي البكر البالغ والثيب القاصرة الخلاف فهي رباعية (قوله فان استأذنها الولي الخ) هذا الاستئذان سنة فان زوجها بغير استئمارها فقد اخطأ السنة وتوقف على رضاها حموي عن المحيط وينبغي ان لا يكون الاستئذان سنة اذا كان العقد بعد ما زفت الى بيت الزوج لتقدم ما يدل على الرضا منها دلالة ولم أره وفي النهر اراد بالولي من له الولاية ندبا اذ الكلام في البالغة ويقدم في الاستئذان الاقرب فالاقرب فلو استأذنها الابعد فلا بد من القول كالاجنبي انتهى وسيأتي في كلام الشارح التصريح به (قوله فسكتت) أي اختيارا كما سيجيء واراد بالسكوت السكوت عن الرد لا مطلق السكوت لانه لو بلغها الخبر فتكلمت بكلام اجنبي فهو سكوت هنا فيكون اجازة بحر (قوله أو ضحكت) غير مستهزئة كما سيجيء وكذا اذا تبسمت في الصحيح كما في الدرر عن النهاية (قوله أو زوجها) قيد به لانه لو تزوجها بلا اذن فسكتت حين بلغها الخبر لم يكن رضا واجمعوا انه لو استأذنها في ذلك أي في تزويجها من نفسه فسكتت كان رضا نهر عن الخانية (قوله فبلغها الخبر) سوى المصنف بين الاستئذان وبلوغ الخبر لان وجه الدلالة في السكوت لا يختلف بين أن يكون قبل العقد أو بعده عيني (قوله أي كل واحد منهما) يعني السكوت أو الضحك عند الاستئذان أو السكوت عند بلوغ الخبر بقي ان يقال ظاهر صنيع المصنف ان الضحك عند بلوغ الخبر لا يعتبر وليس كذلك ولهذا قال في البحر ولو قال المصنف ولو استأذنها الولي أو زوجها فعلمت به فسكتت أو ضحكت فهو اذن لكان اولى (قوله اذن) أي توكيل في الاول واجازة في الثاني وفي القنية استأمر البكر فسكتت فوكل من يزوجها ممن سماه جاز ان عرف الزوج والمهر واستشكله في البحر بانه ليس للوكيل ان يوكل الا باذن أو باعمل برايك والمسئلة مقيدة في الاول بما اذا اتحد الولي أما لو تعدد كما لو زوجها وليان استويا رتبة فسكتت فظاهر الجواب انه لا يكون اذنا بل لا بد من اجازة أحدهما بالقول أو الفعل وفي الثاني أي ومقيدة في الثاني ببقاء الزوج حتى لو علمت بالنكاح بعد موته فسكتت لا يكون اجازة لبطلان النكاح بموته ولو قالت بعد الموت زوجني أبي بأمري وقالت الورثة بل بغيره ولم تعلمي بالنكاح قبله فالقول لها وعليها العدة ولها الميراث ولو قالت بغير امري لكن بلغني النكاح فرضيت كان القول لهم لانها اقرت ان العقد وقع غير تام ثم ادعت النفاذ فلا يقبل للتهمة نهر وقوله والمسئلة مقيدة في الاول بما اذا اتحد الولي جرى عليه الحموي وغيره ولا يخفى انه لو أبدل قوله اتحد الولي بقوله اتحد العقد لكان اولى وقد جعلوا السكوت رضا في مسائل نظمها في فتح القدير نحوا من عشرين ثم قال والاستقراء يفيد عدم الحصر وأوصلها في العمادية الى ثلاثين وقد نظمها صاحب النهر من الرجز فقال

وقد أقاموا الصمت كالافصاح * في عدة تأتيك بالايضاح
سكوت بكر عند قبض المهر * تزويجها مع البلوغ فادر

وواهب

قوله ليكون محرما الخ في العبارة خلل لا يخفى وصوابه لتحرم عليه امها مثلا اه بحراوي

ممن له ولاية ان كان أبا أو جدا أو غيره من الاولياء وقال الشافعي الاب والجد يملك تزويج البكر البالغة اكراها (فان استأذنها) أي البكر البالغة (الولي) الاقرب بان قال اريد ان انكحك فلانا بدون (فسكتت أو ضحكت أو زوجها) بعد التزويج بدون الاستئذان (فبلغها الخبر) بعد التزويج (فسكتت فهو) أي كل واحد منهما (اذن) وانما قيدنا بالاقرب لانه ان استأذن

وواهب لو عند قبض ما وهب * تصرف الصبي مع سكوت الاب
كذاك مولى العبد والحنث له * في قوله والله لا أذنه
سكوت مديون مع الابراء * كذا الوصي عند ذي الايصاء
وبائع لو عند قبض المشتري * وقول هازل بيبع عن لي
ان أجعله صحيحا وكذا * مع قوله وقفته عليك ذا
كذا الوكيل وقت ما قد وكلا * او الرقيق عند ما قد نقلا
كذا الشفيع بالمبيع قد علم * أو الشريك باختصاصه فهم

ووجد بخط صاحب النهر عقب قوله في قوله والله لا أذنه * كذاك لا ينزله في داره * وقد نزل وفي الدر المختار والسكوت كالنطق في سبع وثلاثين مسئلة مذكورة في الاشباه انتهى بقي ان يقال مقتضى كون السكوت أقيم مقام الاذن في هذه المسائل الحنث به وبه صرح في النهر نظما حيث قال * كذاك مولى العبد والحنث له * لكن ذكر في البحر ان السكوت ليس اذنا حقيقة لما في الخانية من الايمان اذا حلفت ان لا تأذن في تزويجها فسكتت عند الاستئمار لا تحنث انتهى (قوله ولي غيره) أي غير ذلك الولي اولى ولا يصح رجوع الضمير الى الولي الاقرب حموي (قوله وقيل هذا اذا كان لبكائها صوت) مقتضى قوله وقيل ضعفه مع انه في التنوير وشرحه جزم به ولم يحك خلافه واعلم ان اسم الاشارة في قوله وقيل هذا الخ يرجع لقوله ثم البكا ليس برضا ولا يلزم من نفي كونه رضا ان يكون ردا ولهذا قال في الدر لم يكن اذنا ولا ردا حتى لو رضيت بعده أي بعد ما بكت بصوت انعقد معراج وغيره فما في الوقاية والملتقى فيه نظر انتهى (قوله لا يكون ردا) بل حزنا على مفارقة أهلها وعليه الفتوى زيلعي (قوله وقالوا ان ضحكت كالمستهزئة الخ) وعليه الفتوى زيلعي (قوله لا يكون رضا) حتى لو ردته ارتد ومنه قولها غيره أولى منه قبل النكاح لا بعده نهر عن الذخيرة (قوله ثم يعتبر في الاستئمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة) حتى لو قال اريد ان ازوجك من رجل فسكتت لا يكون رضا ولو قال ازوجك من فلان أو فلان وذكر جماعة فسكتت فهو رضا ان زوجها من ايهم شاء وان قال من جيراني أو بني عمي ان كانوا يحصون فهو رضا والا فلا عيني وهذا أي اشتراط تسمية الزوج على وجه يقع لها به المعرفة محله ما اذا لم تفوض اليه (قوله ولا يشترط تسمية المهر) رجحه في الهداية كما في النهر لان النكاح يصح بدونه قال في الشرنبلالية وهذا لا ينهض لانه في نكاح توفرت شروط صحته ولم يذكر فيه مهر فيكون فيه مهر المثل لازما بلا ضرر وأما اذا لم يعلمها بقدر المهر واعلمها بالزوج فقط وقد سمى لها قدر الا برضيها يكون الزامها بالنكاح بسكوتها حينئذ اضرارا بها اذ ليس لها غير المسمى فظهر ان اشتراط ذكر المهر لها مع علمها بالزوج هو الاوجه فلا يعدل عن هذا القول وهو الذي اختاره المتأخرون الخ (قوله والصحيح ان المزوج ان كان أبا او جدا) قال في الفتح وليس بشيء لان ذلك في تزويج الصغيرة بحكم الجبر والكلام في الكبيرة التي وجب مشاورتها والاب في ذلك كالاجنبي لا يصدر عنه شيء من أمرها الا برضاها غير ان رضاها يثبت بالسكوت عند عدم ما يضعف ظن كونه رضا حموي (قوله شرط فيه العدد أو العدالة عند أبي حنيفة) وهو المختار حموي عن شرح النقاية للعلامة قاسم (قوله ولو كان رسولا الخ) لقيامه مقام مرسله فلا يشترط فيه لا العدد ولا العدالة غاية (قوله وان استأذنها غير الولي الخ) ليس على عمومه ولهذا قال الحموي يخص الغير بغير رسول الولي الاقرب او وكيله فانهما قائمان مقامه ذكره في الكافي ويؤخذ منه ان لوكيل الولي الاقرب ان يزوج بحضرة الولي الابعد وهي واقعة الفتوى انتهى (قوله او ولي غيره أولى منه) ظاهر كلامه ان الولي الابعد غير داخل تحت قوله وان استأذنها غير الولي بناء على ان المراد بالولي مطلقه فلا يخالف ما ذكر في البحر من قوله ودخل تحت غير الولي الابعد مع الاقرب لما قدمناه من ان المراد بالولي من له ولاية الاستحباب وليس للابعد مع وجود الاقرب ذلك فهو غير ولي وكذا لو كان الاب كافرا او عبدا او مكاتبا فهو غير ولي انتهى

ولي غيره اولى منه لم يكن ذلك رضا حتى تتكلم كما يأتي في المتن ثم البكاء ليس برضا وقيل هذا اذا كان لبكائها صوت كالويل فاما اذا خرج الدمع بلا صوت الويل لا يكون ردا وقالوا ان ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضا وذا معروف عند الناس وكذا اذا سكتت الخ كالسعال او العطاس او اخذ فمها لا يكون رضا ثم يعتبر في الاستئذان تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة ولا يشترط تسمية المهر والصحيح وقيل لا بد من تسمية المهر ان المزوج ان كان أبا او جدا فذكر الزوج يكفي وان كان غيرهما فلا بد من تسمية المهر والزوج وقوله او زوجها أي ان زوج البالغة فبلغها الخبر فسكتت بعده فهو اذن وعند محمد بن مقاتل ان استأمرها قبل العقد فسكتت فهو رضا وأما اذا بلغها العقد فسكتت لا يكون رضا ثم الخبر ان كان فضوليا شرط فيه العدد او العدالة عند أبي حنيفة خلافا لهما ولو كان رسولا لا يشترط اجماعا (وان استأذنها غير الولي) او ولي غيره اولى منه

لانه يبتنى على ان المراد بالولى خصوص الاقرب فلا تخالف (قوله فلابد من القول) لان سكوتها لقلة
الالتفات الى كلامه فلا يدل على الرضا وأورد ان هذا مناف لاطلاق قوله عليه السلام فى البكر اذنها ان
تسكت غير مقيد بكون المستأمر وليا واجيب كما فى النهر بانه تقيد بالعرف والعادة واعلم ان المستأمر هو
المستشير أخذا مما نقله شيخنا عن عزمى زاده حيث قال الاستئمار المشاورة انتهى (قوله كالثيب) يشير
الى انه لابد من نطقها لان نطقها لا يعد عيبا ولانه قل الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق فى حقها والثيب
فيعل من ثاب اذا رجع لمعاودتها الزوج ولان الخطاب يتناوبونها أى يعاودونها والمراد هنا امرأة تزوجت
فبانت بوجه كذا فى المغرب حموى عن البرجندى وهذا محمول على ما اذا بانت منه بعد ما دخل بها اما لو كان
قبل الدخول فانها فى حكم البكر كما سيأتى واعلم ان الشيخ استدل على انه لابد من النطق فى الثيب بقوله
عليه السلام الثيب تشاور أى يطلب رأيها والمشاورة لا تكون الا بالقول ثم هى مفاعلة تقتضى الوجود
من الجانبين واعلم ان رضا الثيب كما يكون بالصريح كرضيت وأحببت يكون بالدلالة كطلب المهر والنفقة
او تمكينها من الوطء او قبول التهنئة او الضحك سرورا وليست قولا وحينئذ فلا فرق سوى ان سكوت البكر
رضا بخلاف الثيب فانه لابد فى حقها من امارة زائدة على مجرد السكوت والجواب تظافر الادلة على
اختصاصها بالقول ففى حديث أبى هريرة لا تنكح الايم حتى تستأمر والامر لا يكون بغير القول وأصرح منه
قوله فى حديث آخر والثيب يعرب عنها لسانها نهر وفيه عن الظهيرية خلا بها برضاها يكون اجازة بخلاف
ما لو قبلت الهدية او اكلت من طعامه او خدمته اه (قوله ومن زالت بكارتها) أى عذرتها وهى الجلدة نهر
(قوله أو زنا) أى خفى كما فى المجمع والخلاف فيما اذا لم يصر الزنا عادة لها ولم يقم عليها الحد حتى اذا اعتادت
او اخرجت فأقيم عليها الحد يشترط نطقها بالاتفاق هو الصحيح حموى عن الشيخ قاسم ولا يخفى ان تقييد
الزنا بالخفى يشير الى ذلك (قوله فهى بكر) شرعا أما فيما عدا الزنا فبكر حقيقة لان مصيبها اول مصيب
ولهذا كانت من فرق بينها وبين زوجها بجب او عنة او طلقها او مات بعد الخلوة قبل الدخول بها بكرا
حقيقة ودخل الكل فى الوصية لابكار بنى فلان واعترض بان له رد الجارية المبيعة بكرا اذا وجدت
كذلك وأجيب بان البكارة تقال على العذرة أيضا فهو من المشترك ويجوز ان تكون قائمة العذرة من
افراد من لم يصبها مصيب فيكون من المتواطئ حمل على هذا الفرد فى البيع المبنى على المشاحة وعلى الاعم
الاغلب فى النكاح المبنى على التوسعة وأما فى الزنا فثيب حقيقة عند الكل فى الاصح كما فى الظهيرية وانما
زوجت كالابكار عنده فاكتفى بسكوتها مع ان القياس يأباه لان فى الزامها النطق اشاعة الفاحشة
فعارض دليل الزامها النطق دليل المنع من اشاعة الفاحشة والمنع مقدم نهر (قوله وقالا لا يكتفى
بسكوتها) فى صورة الزنا كما يومئ اليه قوله وقال الشافعى فى جميع الصور حموى ووجهه ما سبق من انها
ثيب حقيقة لان مصيبها عائد اليها ولو وطئت بشبهة أو بنكاح فاسد تكون فى حكم الثيب بلا خلاف
عينى (قوله لا تكون بكرا) لان البكر اسم لامرأة عذرتها قائمة والثيب من زالت عذرتها وهذه قد زالت
عذرتها فتكون ثيبا ولهذا لو اشترى أمة على انها بكر يردها اذا وجدها بهذه الصفة ولنا ان البكر انما
اكتفى بسكوتها لاجل حيائها وهذا المعنى قائم وهى بكر حقيقة ولهذا لو أوصى لابكار بنى فلان تدخل
فى الوصية وأما مسئلة شراء الجارية فقد قيل لا يردها فلئن سلمنا ان نمنع زيلعى (قوله والقول لها) بلا يمين عنده
واوجباها وهذه احدى المسائل الستة الآتية فى الدعوى وسيصرح المصنف بان الفتوى على قولهما
وفى فتاوى القاضى ادعى على الاب انه زوجه بنته الصغيرة حلف عند الامام وفى الكبيرة لا اعتبارا
بالاقرار بها واستشكله الزيلعى بان امتناع اليمين عنده لامتناع البذل لا لامتناع الاقرار الا ترى ان
امرأة لو اقرت لرجل بنكاح نفذ اقرارها ومع هذا لا تحلف لو ادعى عليها فانكرت فالاشبه ان يكون هذا
قولهما واعلم ان ما ذكره الزيلعى بحثا صرح به فى العمادية نهر (قوله ان اختلفا فى السكوت) أى قبل
وجود ما يدل على رضاها شرنبلالية ولهذا قيد المسئلة فى النهر بما اذا اختلفا قبل الدخول حتى لو كان

(ولابد من القول) ولا يكون سكوتها رضا (كالثيب) وهى من زالت عذرتها وعن الكرخى ان السكوت عند استئمار الاجنبى رضا ما اذا لم تتكلم ولكن بلغها العقد ووجد فعل يدل على الرضا فهو كالقول كتمكينها نفسها ومطالبتها مهرها ونفقتها (ومن زالت بكارتها بوثبة او حيضة او جراحة أو تعنيس) مصدر عنست الجارية عنوسا أى صارت عانسة وطال مكثها فى منزل أهلها بعد ادراكها حتى خرجت من عداد الابكار (او زنا فهى بكر) أى فى حكم البكر حتى يكتفى بسكوتها عند التزويج وقالا لا يكتفى بسكوتها وقال الشافعى فى جميع هذه الصور لا تكون بكرا (والقول لها ان اختلفا فى السكوت)

بعده لم يقبل قولها الا اذا كانت مكرهة (قوله أى اذا ادعى الزوج سكوتها الخ) ولا بينة أما لو وجدت
من أيهما كان فلا كلام فان قلت كان ينبغى ان لا تقبل بينته على السكوت لانها انما قامت على النفى
قلت ممنوع بل على حالة وجودية هى ضم الشفتين فى مجلس خاص يحاط بطرفيه ولو سلم فهو نفى يحيط به
علم الشاهد ولو أقاماها فبينتها اولى الا اذا شهدت بينته على انها رضيت او أجازت حين علمت فتقدم كذا فى
غير كتاب والمذكور فى الخلاصة عن الخصاف ان بينتها اولى أيضا قال فى الفتح ولعل وجهه ان السكوت
لما كان مما يحقق الاجازة لم يلزم من الشهادة بالاجازة كونها بامر زائد على السكوت ما لم يصرحوا به (قوله
فقالت رددت الخ) انما فرض المسئلة بهذا المثال لانها لو قالت بلغنى يوم كذا فرددت وقال الزوج لا بل
سكت كان القول قوله والفرق فى البحر كذا فى الشرنبلالية وأقول ان اراد بالفرق ما نقله فى البحر عن
الولوالجية بالنسبة لمسئلة الشفعة باعتبار كونها نظيرة لما نحن فيه فلا كلام وحاصله ان الشفيع اذا ادعى
طلب الشفعة حال علمه بالبيع من غير اسناد وقال المشترى ما طلبت حين علمت كان القول للشفيع لان علمه
عند القاضى ظهر للحال بخلاف ما اذا كان مع الاسناد بان قال علمت بالبيع يوم كذا فطلبت الشفعة حيث
يكون القول للمشترى اذ كونه طلب الشفعة حين علم بالبيع منذ كذا لم يظهر عند القاضى للحال بل باقراره
فيحتاج الى الاثبات ولا يصح ان يراد بالفرق ما ذكره فى البحر عن الذخيرة كما سيتضح لك على ان فيه اشكالا
يظهر وجهه من ايراد عبارة الذخيرة فنقول قال فى الذخيرة لو قال الزوج بلغك الخبر وسكت وقالت
المرأة بلغنى يوم كذا فرددت فالقول قول المرأة ولو قالت المرأة بلغنى الخبر يوم كذا فرددت وقال الزوج
لا بل سكت فالقول قول الزوج انتهى ووجه الاشكال ان المرأة ادعت اسناد الرد فى كل من شقى هذه
المسئلة فقياس ما سبق عن الولوالجية يقتضى ان يكون القول للزوج فيهما فما فى الذخيرة حيث جعل
القول للمرأة فى الاول لا وجه له يظهر اللهم الا ان يقال وجه كون القول للمرأة فى الاول وان اسندت الرد ان
كلامها خرج جوابا لكلامه فهو يدعى عليها لزوم العقد وهى تنكر بخلافه فى الثانى اذ المرأة هى المدعية فهى
تدعى فسخ العقد وهو ينكر فكان القول قوله فتدبر وبهذا التقرير تعلم ان المراد من قوله فى الشرنبلالية
والفرق فى البحر خصوص ما سبق عن الولوالجى (قوله وقال زفر القول قوله) لان السكوت أصل والرد
عارض فكان الظاهر شاهدا له ونحن نقول انه يدعى عليها لزوم العقد وهى تنكره فكان القول قول المنكر
كالمودع يدعى رد الوديعة فالقول قوله (قوله وللولى الخ) تقديم الجار والمجرور للحصر يعنى لا للوصى
حموى عن البرجندى واراد بالولى المكلف وترك التقييد بالكفاءة ومهر المثل فى غير الاب والجد اتكالا على
ما سيأتى واعلم المعتوه والمعتوهة كالصغير والصغيرة وكذا المجنون والمجنونة اذا كان الجنون مطبقا وهو
شهر على المفتى به نهر (قوله انكاح الصغير والصغيرة) لو قال وللولى انكاح غير المكلف ليشمل المعتوه ونحوه
لكان أولى قيد بالانكاح لان اقراره به عليهما غير جائز الا ببينة وطريق سماعها ان ينصب القاضى
خصما عن الصغير فينكر فتقام عليه البينة وعلى هذا لو أقر الاب باستيفاء بدل الكتابة من عبد ابنه الصغير
نهر وكذا المولى لا ينفذ اقراره بالنكاح على امته بل لابد من بينة كما فى غاية البيان فهذا يستثنى من قولهم
من ملك الانشاء ملك الاقرار به ثم رأيت فى الدرر انهم اجمعوا على ان المولى اذا اقر بنكاح امته بعد ما ادعى
رجل نكاحها يقضى بنكاحها بلا تصديق وبينة لانه مقر على نفسه لانه يملك نفس الجارية وبضعها
بخلاف العبد فانه يملك نفسه فقط حتى اذا اقر على عبده بالنكاح لم يصدق الا اذا شهد الشهود او صدقه
العبد ويمكن حمل ما سبق عن غاية البيان على ما اذا اقر على امته بالنكاح من رجل مع انكار ذلك الرجل
فتزول المخالفة حينئذ بقى ان يقال ظاهر ما سبق عن النهر عدم جواز اقرار المولى عليهما بالنكاح عند
الكل وليس كذلك بل عند الامام وعندهما يصدق بلا شهود وتصديق ذكره فى الدرر ايضا ونصه اقر ولى
صغير أو صغيرة او وكيل رجل او امرأة او مولى العبد بالنكاح لم يصدق واحد منهم عند ابى حنيفة لكونه
اقرارا على الغير الا ان يشهد الشهود على النكاح او يدرك الصغير او الصغيرة فيصدقه او يصدق الموكل

أى اذا ادعى الزوج سكوتها حال اخبارها بالنكاح فقالت رددت فالقول قولها ولا نكاح بينهما وقال زفر القول قوله (وللولى) أى يجوز له (انكاح الصغير والصغيرة) مطلقا

والعبد وعندهما يصدق بلاشهود وتصديق الخ ثم اعلم ان قوله في الدرر او يدرك الصغير او الصغيرة فيصدقه يشير الى ما في الشرنبلالية عن الفتح من ان الخلاف فيما اذا اقر الولي في صغرهما فان اقراره موقوف الى بلوغهما فاذا بلغا وصدقاه ينفذ اقراره والا يبطل وعندهما ينفذ في الحال وقال انه الصحيح وقيل الخلاف فيما اذا بلغ الصغير وانكر النكاح فاقر الولي اما لو اقر بالنكاح في صغره صح اقراره قال الكمال والذي يظهر ان الاوجه قول من قال ان الخلاف فيما اذا بلغا فانكر النكاح أما اذا اقر عليهما في صغرهما يصح اتفاقا انتهى ثم اعلم ان ظاهر كلام الدرر يقتضي ان الخلاف بين الامام والصاحبين في ان اقراره بالنكاح هل ينفذ او لا بد من اقامة البينة او التصديق ليس على عمومه بل بالنسبة لغير مسئلة الوكالة والعبد ففي مسئلة الوكالة والعبد لا بد من اقامة البينة او وجود التصديق من الموكل أو العبد من غير خلاف في ذلك على ما يظهر من سياق كلامه والتقييد بالولي للاحتراز عن الوصي حيث لا يملك ذلك ولو اوصى اليه به خلافا للعيني والزيلعي وانما ملك تزويج امة اليتيم لانه من الكسب والاراحة من المؤنة والحاصل ان المذهب كما في النهر عن الذخيرة ان الوصي ليس له ولاية التزويج مطلقا وان اوصى اليه بتزويجها من شخص معين خلافا لابن الهمام نعم لو كان قريبا او حاكما يملكه بالولاية واعلم ان ما وقع في النهر من قوله وانما ملك تزويج اليتيم لانه من الكسب الخ قال شيخنا كذا وقع في غير ما نسخة وهو خلاف الصواب والصواب تزويج امة اليتيم كما نص عليه في نكاح الرقيق انتهى (قوله سواء كان عدلا او فاسقا) حيث لم يعرف منه سوء الاختيار مجانة وفسقا وان عرف لا يصح النكاح اتفاقا وكذا لو كان سكران فزوجها من فاسق او شرير او فقير او ذي حرفة دنيئة لظهور سوء اختياره فلا يعارضه شفقته المظنونة تنوير وشرحه وذكر في الدرر ما محصله ان الخلاف بين الامام وصاحبيه في ان للاب ذلك ولو بغبن فاحش او من غير كفء عنده خلافا لهما مقيد بما اذا كان الاب صاحيا فلو كان سكران لا يصح اتفاقا وكذا لو عرف منه سوء الاختيار لطمعه او سفهه لا يصح اتفاقا انتهى (قوله او غيره من الاولياء) غير انه ان كان الولي غير الاب والجد يشترط لصحة العقد الكفاءة ومهر المثل ولا يشترط ذلك في جانب الاب والجد والمولى وابن المجنونة كالاب والجد تنوير وشرحه واعلم ان ظاهر كلام الدرر يقتضي ان الاب او الجد اذا عقد على الصغير والصغيرة بغبن فاحش او من غير كفء لا يكون لازما ولهما خيار الفسخ بالبلوغ وليس كذلك بل هو لازم مطلقا وقيل هذا الاشتراط انما هو على قولهما الخ ما ذكره عزمي زاده واعلم ان قول عزمي وقيل هذا الاشتراط انما هو على قولهما يقتضي ان الكفاءة ومهر المثل شرط للزوم العقد عندهما لا لصحته فيلزم ان يكون العقد بدون الكفاءة ومهر المثل صحيحا غير لازم عندهما فلهما فسخه وهذا وان صرح به صدر الشريعة على ما ذكره في الدرر يأتي ما فيه لكنه وهم فالصواب ان العقد وقع من اصله غير صحيح عندهما ولهذا قال في التنوير وشرحه وان كان المزوج غيرهما لا يصح النكاح من غير كفء او بغبن فاحش اصلا وما في صدر الشريعة صح ولهما فسخه وهم وقوله وان كان المزوج غيرهما اي غير الاب وابيه ولو الام او القاضي او وكيل الاب لكن في النهر بحثا لو عين لوكيله القدر صح يعني وان كان دون مهر المثل انتهى قلت وقياسه ان يصح ايضا اذا عين لوكيله شخصا معينا وان لم يكن كفؤا ولم اره لكن قوله وما في صدر الشريعة صح ولهما فسخه وهم فيه نظر وعبارة صدر الشريعة ليس فيها ما ذكره ونصه اي لا يصح لغير الاب والجد انكاح الصغير بغبن فاحش في المهر او من غير كفء اتفاقا وجواز انكاحهما للاب والجد بالغبن او بغير كفء مذهب ابي حنيفة خلافا لهما انتهى كذا ذكره شيخنا ثم اعلم ان القول بجواز عقد الاب او الجد ولو بغبن فاحش بالنسبة لطفله اما لو زوج امة طفله بغبن فاحش فانه لا يجوز بحر وقيد بتزويج الاب اي بنفسه لانه لا يجوز لوكيل الاب ان يزوج بنته الصغيرة باقل من مهر المثل كما في القنية واعلم انهم اختلفوا في وقت الدخول بالصغيرة فقيل لا يدخل بها ما لم تبلغ وقيل يدخل بها اذا بلغت تسع سنين وقيل اذا كانت سمينة جسيمة تطيق الجماع يدخل بها والا فلا وكذا اختلفوا في وقت ختان الصبي على

سواء كان عدلا او فاسقا وسواء كان ابا او غيره من الاولياء وسواء كانت الصغيرة بكرا او ثيبا

الاقوال الثلاثة وقيل يختن اذا بلغ عشرا وفي الخلاصة واكثر المشايخ على انه لا اعتبار بالسن فيهما وانما المعتبر الطاقة وفي الظهيرية صغيرة زوجها وليها من كفء ثم قال لست انا بولي لا يصدق ولكن ينظر ان كانت ولايته ظاهرة جاز النكاح والا فلا بحر (قوله وقال مالك ليس لاحد غير الاب الخ) لان القياس يابى ان يكون له على الغير ولاية اذا كان سوا الاحاجة ولا حاجة عند انعدام الشهوة الا ان ولاية الاب ثبتت نصا وهو ما روي ان ابا بكر زوج عائشة النبي صلى الله عليه وسلم والجد ليس في معناه فلا يلحق به ولنا ما ورد من انه عليه السلام زوج أمامة بنت حمزة وهي صغيرة سلمة بن أبي سلمة وهي بنت عمه وقال لها الخيار اذا بلغت وانما زوجها بالعصوبة لا بالنبوة بدليل اثبات الخيار لها اذا بلغت ومذهبنا منقول عن عمر وعلي والعبادلة وأبي هريرة وكفى بهم قدوة وحكى الكرخي اجماع الصحابة وروى عن علي موقوفا ومرفوعا الانكاح الى العصبات وقد أجمع العلماء على العمل بهذا الحديث في حق الكبيرة فوجب العمل به في الصغيرة لانها أعجز وامس حاجة لان الخاطب قد لا ينتظر الى البلوغ فيفوت الكفء الخاطب زيلعي والحاصل ان النكاح ينتظم المصالح ولا تتوفر الا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفء في كل زمان فاثبتنا الولاية في حالة الصغر احرازا للكفء فدعوى ان ولاية الاب ثبتت نصا بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به غير مسلمة بل هو موافق للقياس بقي ان يقال ما سبق من قوله لا بالنبوة يشير الى رد ما ذهب اليه الامام مالك من انه عليه السلام زوج بنت عمه امامة لا بالعصوبة بل لما له من الولاية بالنبوة على ما استفيد من قوله تعالى النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم وحاصل الرد انه لو كان بالنبوة لما أثبت لها الخيار فاثباته الخيار لها دل على انه انما زوجها بالعصوبة لا بالنبوة (قوله وقال الشافعي ليس الا للاب والجد الخ) حاصله انه اذا كانت ثيبا لا يجوز لاحد ان يزوجها لكون الثيابة سببا لحدوث الرأي بوجود الممارسة ولا يعتبر اذنها قبل البلوغ فوجب الانتظار وان كانت بكرا جاز للاب والجد ان يزوجها ولا يجوز ذلك لغيرهما لما قال مالك الا ان الجد كالاب ولهذا يملك التصرف في المال كما يملكه الاب بخلاف غيرهما من العصبات لانه لا يملك التصرف في المال مع انه أدنى حالا فلان لا يملكه في النفس أولى واحرى ولنا ما سبق من انه اجمع العلماء على العمل بقوله عليه السلام الانكاح الى العصبات في حق الكبيرة فكذا في حق الصغيرة لانها اعجز وامس حاجة كي لا يفوت الكفء اذ قد لا ينتظر الى البلوغ وما فيه من القصور في غير الاب والجد اظهرناه في عدم ولاية الالزام ولان الولاية لما ثبتت عليها بعد البلوغ مع قدرتها على قاعدتهم كان ثبوتها في صغرها وهي اعجز اولى بخلاف التصرف في المال لانه لا يمكن تداركه بعد البلوغ وقوله لكون الثيابة سببا لحدوث الراي ليس بشيء لان ذلك في البالغة واما في الصغيرة فلا يدل على حدوث الراي لعدم الشهوة زيلعي وقوله وما فيه من القصور الى قوله اظهرناه في عدم ولاية الالزام يعني حيث اثبتنا لهما خيار الفسخ بالبلوغ فالتدارك فيه ممكن ولا كذلك التصرف في المال حيث لا يمكن تدارك ما فيه من الخلل بعد البلوغ (قوله والولي العصبة الخ) اي في النكاح لا التصرف في مال الصغير فانه للاب ثم لوصيه ثم للجد ابي الاب ثم لوصيه ثم للقاضي ثم لوصيه وما في الدرر والغرر من ان التصرف في مال الصغير للاب ثم لابيه ثم لوصيهما نظر فيه في الشرنبلالية بان وصي الاب مقدم على الجد واجاب شيخنا بان ثم بمعنى الواو كما في قوله تعالى خلقكم من نفس واحدة ثم جعل منها زوجها فلا يقتضي تقديم ابي الاب على وصي الاب لانه ووصيه مقدمان على الجد كما سبق منه عن الطحاوي والمسيحي منه انتهى نعم على صاحب الدرر مؤاخذة من وجه آخر نبه عليه في الشرنبلالية ايضا وهو ان قوله لا التصرف في مال الصغير فيه تدافع بالنسبة للاب والجد لان ولاية التصرف في مال الصغير ثابتة لهما ايضا والعصبة من ياخذ كل المال اذا انفرد والباقي مع ذي سهم وهذا اولى من تعريفه بذكر يتصل بلا توسط انثى كما في البحر اذ المعتقة لها ولاية الانكاح على معتقتها الصغيرة حيث لا اقرب منها موجود ولا خفاء في انصراف المطلق منها الى العصبة بنفسه فلا ترد العصبة بغيره كالبنت مع الابن او مع غيره

وقال مالك ليس لاحد غير الاب تزويجها وقال الشافعي ليس الا للاب والجد ان كانا عدلان تزويجهما (والولي العصبة بترتيب الارث) أي الترتيب في العصبات في ولاية الانكاح كالترتيب في الارث فالابعد محجوب بالاقرب

كالاخوات مع البنات نهر وفي المغرب العصبة هم الذكور من قرابة الرجل لابيه جمع عاصب ويسمى بها الواحد والجمع والمذكر والمؤنث حموى (قوله فاقرب الاولياء الابن) ولا يتصور هذا الا في المعتوه والمعتوهة لا في الصغار عيني (قوله ثم الاخ لاب وام ثم لاب) وذكر الكرخي ان تقديم الجد على الاخ قول الامام وعندهما يشتركان والاصح انه قول الكل نهر (قوله ثم ابن العم) ثم اعمام الاب كذلك الشقيق ثم ابناؤه ثم لاب ثم ابناؤه ثم عم الجد الشقيق ثم ابناؤه ثم لاب ثم ابناؤه بحر عن الفتح (قوله ثم المعتق) ولو انثى ثم بنوه وان سفلوا ثم عصبته من النسب على ترتيب عصبات النسب نهر عن الفتح قال شيخنا ويشترط ان يكون عصبة أبي القاصرة ذا ولاء عليها ليخرج من كانت أمها حرة اصلية فانه لا ولاء على ولدها فلا يلي انكاحه نبه عليه صاحب الدرر في كتاب الولاء وعليه وعلى تفسيرهم الولي بانه العاقل البالغ الوارث لو لم يوجد لليتيم أو اليتيمة سوى الام الحرة الاصلية ومعتق الاب فان ولاية الانكاح تكون للام دونه قال ولم أر من نبه عليه هنا واذا استوى وليان في الدرجة كسيدين ادعيا ولد امة أو شقيقين جاز تزويج أيهما كان فان زوجا قدم السابق فان لم يدرا ووقعا معا بطلا وليس لاحد السيدين الاستقلال بانكاح الامة نهر عن الظهيرية وغيرها وفي النوادر الاحتياط فيما اذا زوج غير الاب والجد ان يعقد مرتين بتسمية وبغيرها لجواز ان يكون في التسمية نقصان فلا يصح الاول أو أن يكون الزوج حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها فتنحل بالاول ويصح الثاني وان كان أبا أو جدا فكذلك عندهما للوجه الثاني كذا في المحيط انتهى وهذا على مذهب الامام ظاهر وأما على مذهب الصاحبين انه لابد للصحة من الكفاءة ومهر المثل وان كان العاقد هو الاب أو الجد كما قدمناه عن صدر الشريعة فالاحتياط في الاعادة لا للوجه الثاني فقط بل للاول أيضا (قوله ولهما) أي للصغير والصغيرة وكذا ما الحق بهما والكلام في الحرين ولو ذميين أما الرقيقان اذا زوجهما المولى ثم اعتقا فبلغا فلا خيار لهما الاغناء بخيار العتق عنه حتى لو أعتق امته الصغيرة أولا ثم زوجها فبلغت كان لها خيار البلوغ ولو بلغت وهو صغير لم ينتظر بلوغه ويفرق بينهما بحضرة والده أو وصيه نهر والمراد بالملحق بالصغيرة والصغير المعتوه والمجنون فيثبت لهما خيار الفسخ بالافاقة (قوله خيار الفسخ) لتوهم ترك النظر من الولي لقصور شفقته لا يقال النكاح لا يحتمل الفسخ فكيف يستقيم جعله فسخا لانا نقول المعنى من قولنا لا يحتمل الفسخ بعد التمام هو النكاح الصحيح النافذ اللازم واما قبل التمام فيقبل الفسخ وتزويج الاخ والعم صحيح لكنه غير لازم فيقبل الفسخ تبيين وفيه تصريح بان اللزوم اخص من النفاذ فيلزم من اللزوم النفاذ ولا ينعكس (قوله بالبلوغ) اذا علما بالنكاح قبل البلوغ او بعده حموى (قوله في غير الاب والجد) والابن في المجنونة كالاب بل اولى نهر عن الخلاصة (قوله بشرط القضاء) لان في اصله ضعفا اذ هو مختلف فيه وكذا في سببه لان سببه ترك النظر ولا يوقف على حقيقته فتوقف على القضاء كالرجوع في الهبة بخلاف خيار المخيرة لان سببه قوى وهو تخيير الزوج وبخلاف خيار العتق لان سببه مقطوع به وهو زيادة الملك عليها ولهذا اختص بالانثى الاترى انه كان لا يملك مراجعتها في قرءين ويملك عليها تطليقتين وتنقضي عدتها بحيضتين وقد ازداد ذلك بالعتق فكان لها ان تدفع الزيادة تبيين ولها المهر ان كان دخل بها ولو حكما وهذه الفرقة فسخ لا طلاق كخيار الاعتاق والفرقة بعدم الكفاءة ونحو ذلك والضابط ان كل فرقة جاءت من قبل المرأة لا بسبب من الزوج فهي فسخ كخيار العتق والبلوغ وكل فرقة جاءت من قبل الزوج فهي طلاق كالايلاء والجب والعنة وانما كانت ردته فسخا مع انها من قبله لان بها ينتفي الملك فينتفي الحل والفرقة انما جاءت بالتنافي لا بوجود المباشرة من الزوج وقد نظم صاحب النهر فرق الفسخ والطلاق وما يحتاج منها الى القضاء وما لا يحتاج فقال

فرق النكاح اتتك جما نافعا * فسخ طلاق وهذا الدر يحكيها
تباين الدار مع نقصان مهر كذا * فساد عقد وفقد الكفء ينعيها
تقبيل سبي واسلام المحارب او * ارضاع ضرتها قد عد فيها

خيار

فاقرب الاولياء الابن ثم ابن الابن وان سفل ثم الاب ثم الجد أبو الاب وان علا ثم الاخ لاب وام ثم لاب ثم ابن الاخ لاب وام ثم لاب ثم العم لاب وام ثم لاب ثم ابن العم لاب وام ثم لاب ثم المعتق وقال مالك الولي هو الاب وقال الشافعي الاب والجد (ولهما خيار الفسخ بالبلوغ في غير الاب والجد) أي الاب (بشرط القضاء) أي ان زوج الصغيرة أو الصغير غيرهما

قوله فرق النكاح الخ لا يخفى ما بين شطري البيت الاول من الاختلاف في الوزن اذ الاول من الكامل والثاني من البسيط اه

خيار عتق بلوغ ردة وكذا * ملك لبعض وتلك الفسخ يحصيها
اما الطلاق بجب عنة وكذا * ايلاؤه ولعان ذاك يتلوها
قضاء قاض اتى شرط الجميع خلا * ملك وعتق واسلام اتى فيها
تقبيل سبي مع الايلاء يا أملي * تباين مع فساد العقد يدنيها

(قوله مطلقا سواء كان القاضي الخ) عبارة النهر غير الاب والجد يتناول الام والقاضي وهو الصحيح لقصور الرأي في الام ونقصان الشفقة في القاضي اه ومثله في الزيلعي مع زيادة قوله وعن أبي حنيفة انه لا يثبت لهما الخيار لان ولاية القاضي تامة لانها تعم المال والنفس وشفقة الام فوق شفقة الاب فكانا كالاب والاول هو الصحيح لان ولايتهما متأخرة عن ولاية الاخ والعم فاذا ثبت الخيار في الحاجب ففي المحجوب أولى انتهى (قوله وهو الاصح وعليه الفتوى) أي ثبوت خيار الفسخ لهما بالبلوغ في غير الاب والجد هو الاصح وعليه الفتوى (قوله وعن أبي حنيفة أنه لا يثبت الخيار لهما) اعتبارا بالاب والجد وفيه مخالفة لما في الزيلعي والنهر حيث جعلا عدم ثبوت الفسخ لهما قول أبي يوسف (قوله وهذا اذا كانا حاضرين) يعني الزوجين وهذا التقييد يشير اليه قول المصنف بشرط القضاء حموى ووجه الاشارة عدم جواز القضاء على الغائب (قوله أما اذا كان احدهما الى آخره) الضمير للزوجين اللذين بلغ احدهما وقد كان المزوج غير الاب والجد شيخنا (قوله لا خيار له ما لم يحضر) للزوم القضاء على الغائب شيخنا (قوله لانه لو زوجهما الاب والجد لا خيار لهما الخ) الا ان يكون من غير كفء أو بغبن فاحش فانه يثبت لهما خيار الفسخ بالبلوغ حموى عن البرجندي وفيه ان هذا الاستثناء انما يظهر بالنسبة لمذهب الصاحبين فقط (قوله وبطل بسكوتها ان علمت الخ) لدلالته على الرضا وهذا اذا سكتت مختارة در قيد بعلمها لانها لو لم تعلم لا يكون رضا لانها لا تتمكن من التصرف الا به والولي به ينفرد فعذرت اما علمها بالزوج وقدر المهر فليس بشرط حتى لو سألت عن ذلك أو سلمت على الشهود بطل خيارها زيلعي قال في الفتح وهذا تعسف لا دليل عليه اذ غاية الامر كون هذه الحالة كحالة ابتداء النكاح ولو سألت البكر عن الزوج لا ينفذ عليها وكذا عن المهر وكذا السلام على القادم لا يدل على الرضا كيف وانها سلمت لغرض الاشهاد على الفسخ ونازعه في البحر في السلام بان الاشتغال به فوق السكوت ومنعه في النهر بما نقلوا في الشفعة ان سلامه على المشتري لا يبطلها ولا شك ان طلب المواثبة بعد العلم بالبيع يبطل بالسكوت ولو كان فوقه لبطلت ثم ما ذكره في الفتح من عدم سقوطه وسألت عن المهر قيده في النهر بما اذا لم يدخل بها ولا تعذر بالجهل ولا يمتد الى آخر المجلس لانها كما في الزيلعي تتفرغ لتعلم الاحكام والدار دار العلم بخلاف المعتقة حيث تعذر اذا لم تعلم خيار العتق لكونها مشغولة بخدمة المولى وينبغي ان تختار نفسها مع رؤية الدم وان رأته بالليل تختار بلسانها وتشهد اذا أصبحت تقول رأيت الدم الآن ولو اختارت وأشهدت ولم تتقدم الى القاضي شهرين فهي على خيارها كخيار العيب واذا اجتمع خيار البلوغ والشفعة تقول اطلب الحقين ثم تبدأ في التفسير بخيار البلوغ لانه ديني وليس قولها رأيت الدم الآن اذا رأته بالليل كذبا لان الفعل الممتد لدوامه حكم الابتداء (قوله لانها لو كانت ثيبا) كما لو دخل بها الزوج قبل البلوغ او كانت ثيبا وقت العقد بحر (قوله لا يبطل خيارها بالسكوت) الا ان ترضى بلسانها أو يوجد ما يدل على الرضا كالتمكين من الوطء طوعا والمطالبة بالمهر او النفقة بحر واعلم ان المطالبة بالمهر انما تكون دليل الرضا اذا لم يجامعها ولم يخل بها اما ان جامعها او خلا بها فبلغت فطالبته بالمهر لم يكن دليل الرضا وفي الدر المختار ادعت التمكين كرها صدقت (قوله ما لم يرض) لان وقته العمر فيبقى الى ان يوجد الرضا نهر (قوله بان يقول رضيت) هذا التصوير لا يحسن مع قوله ولو دلالة لانه يصير التقدير ما لم يرض بالقول ولو دلالة حموى (قوله كتسليم الصداق الخ) ان لم يكن قد دخل بها فان كان قد دخل بها ينبغي ان لا يكون دفعه رضا نهر (قوله والمجامعة) والتقبيل عيني (قوله وتوارثا قبل الفسخ) لانتهاء النكاح بموته بدليل حل الوطء قبل الفسخ سواء مات احدهما قبل البلوغ او بعده ويجب المهر كله وان

مطلقا سواء كان القاضي أو الامام أو غيرهما فلكل واحد منهما بعد البلوغ خيار الفسخ بشرط حكم القاضي وهو الاصح وعليه الفتوى وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى انه لا يثبت الخيار لهما وهذا اذا كانا حاضرين اما اذا كان أحدهما غائبا لا خيار له كذا في العمادي وانما قيد به لانه لو زوجهما الاب أو الجد لا خيار لهما بعد البلوغ (وبطل بسكوتها ان علمت) أي بطل خيارها ان زوج غيرهما الصغيرة فبلغت وقد علمت بالنكاح حال كونها (بكرا) فسكتت فهو رضا وان لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم وتسكت وانما قيد بالبكر لانها لو كانت ثيبا لا يبطل خيارها بالسكوت (لا بسكوته) أي لا يبطل خيار الصغير اذا بلغ وسكت (ما لم يرض) بان يقول رضيت (ولو) كان الرضا (دلالة) بان يجيء منه ما يدل على الرضا كتسليم الصداق والنفقة والمجامعة (وتوارثا قبل الفسخ) أي يرث كل واحد منهما من صاحبه ان مات أحدهما قبل البلوغ

مات قبل الدخول بخلاف الموقوف والفاسد نهر وعيني يعني لومات احدهما في الموقوف والفاسد لا يرثه الآخر (قوله اومات قبل فسخ النكاح) لان النكاح صحيح والملك به ثابت (قوله ولا ولاية لعبد وصغير الخ) لانهم لا ولاية لهم على انفسهم فالاولى ان لا يكون لهم ولاية على غيرهم لان الولاية على الغير فرع الولاية على النفس زيلعي قال شيخنا وهذا نص في جواب حادثة سئل عنها الفقير هي ان الحاكم الشرعي قرر صغيرا في المهدو ولاه شيخا على الخيرات يقبض غلاتهم وخبزهم ويوزعه عليهم وينظر في مصالحهم فاجبت ببطلان التولية والتقرير لنص المذهب المذكور وان لهم ان يختار واشيخا منهم يتولى ماذكر انتهى وأطلق العبد فعم المكاتب وانما ملك تزويج امته لانه من الكسب ولم يرد نفي الولاية عن العبد مطلقا بل ولاية النكاح قال في النهر قيدنا بالنكاح لان نفي الولاية عن العبد مطلقا ممنوع لصحة اقراره بالحدود والقصاص وأمانه لوماذونا وروايته الحديث ولانه يلي على زوجته الحرة في امور النكاح كالمنع من الخروج والتمكين من الوطء وطلب الزينة انتهى (قوله وكافر على مسلمة) وولد مسلم تنوير قيد بالمسلمة لان الكافر له ولاية على ابنته الصغيرة وكما انتفى ولاية الكافر على المسلمة انتفى ولاية المسلم على الكافرة اعنى ولاية الانكاح والتصرف في المال وينبغي ان يقال الا ان يكون المسلم سيد امة كافرة أوسلطانا زيلعي وعيني ودرر وتنوير وكانه في النهر لم يطلع على ذلك فقال واستثنى الشافعية من عدم ثبوت الولاية للمسلم على الكافر ما اذا كان سلطانا أوسيدا امة وقواعدنا تقضي به وللقاضي تزويج اليتيمة الكافرة حيث لاولي لها وكان ذلك في منشوره نهر والمراد من قوله وكان ذلك في منشوره أي كان ماذونا من السلطان بتزويج الصغار مطلقا لا بقيد صغار الكفرة (قوله هذا اذا كانت العصبة) كان هنا تامة وأشار بهذا الى ربط قول المصنف وان لم تكن بقوله والولي العصبة بترتيب الارث حموي وأطلق في نفي العصبة فشمل العصبة النسبية والسببية فولى العتاقة ثم عصبته على الترتيب السابق مقدمان على الام ومولى الموالاة وهو الذي أسلم أبو الصغير على يده ووالاه آخر الاولياء مقدم على القاضي بحر (قوله فالولاية للام) هذا ظاهر في تقديمها على ام الاب وفي النهر عن القنية ام الاب مقدمة ولم يذكر بعد الام البنت لانه خاص بالمجنون والمجنونة فبعد الام البنت ثم بنت ابن البنت ثم بنت بنت البنت ثم الجد الفاسد قبل الاخت بحر (قوله ثم الاخت لاب وام) هذا الترتيب هو المفتى به كما في الخلاصة وحكى عن خواهرزاده وعمر النسفي تقديم الاخت على الام لانها من قوم الاب وينبغي ان يخرج مامر عن القنية على هذا القول بقي ان الجد الفاسد مقدم على الاخت عند الامام وعندهما يشتركان كما في المستصفى قال في الفتح وينبغي على ماصحح في الجد والاخ من تقديم الجد تقديم الجد الفاسد على الاخت وكلامه يعطي تأخره لانه من ذوي الارحام فكان ينبغي ذكره مقدما نهر عن الفتح قلت ولهذا جزم في البحر بتقديمه على الاخت وجرى عليه في الدر ولم يحك خلافه (تتمة) لم يذكر المصنف الجدة ولا مرتبتها في التزويج وقد بين ترتيب الجدة الشيخ قاسم في شرح النقاية فقال بعد ولاية العصبة ثم الام ثم الجدة ثم الاخت لاب وام ولم يقيد الجدة بكونها لام وقد يقال ان الجدة التي لام والجدة التي لاب رتبتهما واحدة لعدم المرجح وقد يقال ان قرابة الاب لها حكم العصبة فتقدم ام الاب على ام الام شيخنا عن الشيخ حسن الشرنبلالي في رسالته التي احال على مراجعتها بقوله في حاشية الدرر لم يذكر الجدة ولا مرتبتها في التزويج ولنا فيه رسالة يلزم مراجعتها انتهى (قوله ثم لولد الام) في التعبير بولد الام ايماء الى استواء الذكر والانثى نهر ولهذا فسره الشارح بقوله أي الاخت والاخ لام (قوله ثم أولادهم) أي أولاد ولد الام (قوله ثم لذوي الارحام) هم كما سيأتي قريب ليس بذي سهم ولا عصبة وترتيبهم كالعصبات فيقدم العمات ثم الاخوال الخ نهر وظاهره ان المراد بذوي الارحام ماهو المتعارف ويخالفه مانقله السيد الحموي عن البرجندي حيث قال اراد به القريب الذي ليس عصبة بنفسه ولم يرد به ماهو المتعارف عند اصحاب الفرائض لان العصبة بغيره والعصبة مع غيره داخلة فيه اه (قوله أي العمات ثم الاخوال) أشار بهذا التفسير الى ترتيب ولاية ذوي الارحام فان الترتيب ليس

أومات قبل فسخ النكاح ولا يرث بعد الفسخ (ولا ولاية لعبدو) لا (صغير و) لا (مجنون) على أحد (و) لا (كافر على مسلمة) هذا اذا كانت العصبة (وان لم تكن) أي وان لم توجد (عصبة) لانسبية ولا سببية ولا بعيدة ولا قريبة كمولى العتاقة (فالولاية للام ثم للاخت لاب وام ثم) للاخت (لاب ثم لولد الام) أي للاخت والاخ لام ثم اولادهم (ثم لذوي الارحام) أي ثم العمات ثم الاخوال ثم الخالات

ظاهرا من كلامه وان كان مراداله حموي (قوله ثم بنات الاعمام) ثم أولادهم بهذا الترتيب درعن الشمني ثم مولى الموالاة زيلعي وهو الذي أسلم على يده ابو الصغيرة وكان مجهول النسب على ماسيأتي في محله فيزوجها مولى أبيها بالشرط المتقدم (قوله هذا عند أبي حنيفة وهو استحسان) وقد عرف ان العمل على الاستحسان الا في مسائل محصورة ليس هذا منها فما في تهذيب القلانسي من ان الفتوى على قولهما غريب نهر (قوله وعندهما لا يثبت وهو القياس) لقوله عليه السلام الانكاح الى العصبات وال فيها للجنس أي هذا الجنس مفوض الى هذا الجنس لا لغيره وحمله الامام على ما اذا وجدوا الا ان الحديث ليس فيه ما يقتضي نفي ثبوت الولاية لذوي الارحام عند عدم العصبات كاستحقاق الارث يكون بسبب القرابة ويقدم في ذلك العصبات على ذوي الارحام ولا يدل ذلك على عدم ارثهم فكذا هذا أو نقول ان ارث ذوي الارحام بطريق العصوبة فينتظمهم الحديث زيلعي (قوله والجمهور على ان أبا يوسف مع أبي حنيفة) في أشهر الروايات وهو الاصح زيلعي لكن نقل السيد الحموي عن الهداية ان الاشهر انه مع محمد (قوله والقاضي اذا كان ماذونا) لكن ليس للقاضي ان يزوجها من نفسه ولا ممن لا تقبل شهادته له كما في معين الحكام وأقره المصنف وبه علم ان فعله حكم وان عرى عن الدعوى ثم لنوابه ان فوض له ذلك والا لا درر وهو ظاهر في الاكتفاء بالاذن من السلطان للقاضي سواء صدر الاذن من السلطان للنواب أيضا أم لا (فرع) صغيرة زوجت نفسها ولا ولي لها ولا قاضي في ذلك الموضع قال بديع الدين يتوقف وينفذ باجازتها بعد بلوغها انتهى مع انهم قالوا كل عقد لا مجيز له حال صدوره فهو باطل ولعل التوقف هنا باعتبار ان يجيزه السلطان بحر (قوله أي يجوز للولي الابعد الخ) والمراد بالابعد القاضي دون غيره لان هذا من باب دفع الظلم شرنبلالية وفيه نظر بل المراد به الابعد من الاولياء وهو مقدم على القاضي كما صرح به الشمني شارح النقاية وعليه اطلاق المتون وماقاله رأي بعضهم شيخنا عن الشيخ شاهين (فرع) زوج الابعد مع وجود الاقرب ثم انتقلت الولاية اليه لا ينفذ الا باجازة منه مستانفة زيلعي في نكاح الرقيق (قوله بغيبة الاقرب) أشار المصنف بعدم ذكر سلب ولاية الاقرب الى انها باقية مع الغيبة حتى لو زوجها الاقرب حيث هو اختلفوا فيه والظاهر هو الجواز كذا في الخانية والظهيرية ولو زوجاها أو لم يدر السابق من اللاحق فهو باطل ذكره الاسبيجابي بحر ولو عضل الولي انتقلت الولاية الى الابعد وقيل الى الحاكم ولها خيار الفسخ وقيل ان تزويج القاضي الصغيرة عند العضل ينفي ثبوت الخيار لها بناء على ان تزويجه عند العضل بطريق النيابة لا الولاية نهر وينبغي حمل الاختلاف في ان لها الخيار ام لا على ما اذا كان الولي الممتنع هو الاب أو الجد حتى لو كان غيرهما فالظاهر انه لاخلاف في ثبوت الخيار لها سواء جعل هذا من قبيل النيابة أو الولاية والعضل هو الامتناع من العقد (قوله مسافة القصر) وهو الصحيح وعليه الفتوى ومثله في المضمرات حموي عن العلامة قاسم (قوله وقال الشافعي يزوجها السلطان) اعتبارا بعضله زيلعي وهذا يبتنى على مافي المحيط من انه اذا عضل الولي انتقلت الولاية الى الحاكم لكن في النهر عن الخلاصة والبزازية انها تنتقل الى الابعد اجماعا (قوله وقال زفر لا يزوجها أحد حتى يحضر الاقرب) لان ولايته قائمة ولهذا لو زوجها حيث هو جاز ولا ولاية للابعد ولا للسلطان مع ولايته فصار كما اذا كان حاضرا ولنا انه ليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برأيه فصار كما لو كان مجنونا أو رقيقا الا ترى ان الاقرب الغائب لو كتب بتقديم شخص للصلاة على الجنازة كان للابعد منعه فلو كانت ولايته باقية لما كان له منعه ولو زوجها حيث هو لا رواية فيه فلنا ان نمنع ولئن سلمنا فنقول للابعد بعد القرابة وقرب التدبير وللاقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فايهما عقد أولا نفذ زيلعي (قوله عند صاحب الكتاب) المراد به المصنف حموي (قوله واختيار القاضي) بالرفع أي وهو اختيار القاضي اذ لا يصح جره عطفا على المضاف اليه كما لا يخفى (قوله وسعد بن معاذ) بالجر عطفا على المضاف اليه وكذا ما بعده من صدر الاسلام والصدر الشهيد وهو ظاهر (قوله المروزي) نسبة الى مرو بزيادة الزاي كالرازي للري (قوله هذا) هو الخبر عن قوله والمراد الخ يعني به ماسبق من تقدير الغيبة

ثم بنات الاعمام هذا عند أبي حنيفة وهو استحسان وعندهما لا يثبت وهو القياس وهكذا روى الحسن عن أبي حنيفة والجمهور على ان أبا يوسف مع أبي حنيفة (ثم) عند عدم الاولياء فالولاية (للحاكم) أي السلطان والقاضي اذا كان ماذونا من قبل السلطان وعند محمد اذا لم يكن عصبة فللقاضي ولاية التزويج (وللابعد) أي يجوز للولي الابعد (التزويج بغيبة الاقرب مسافة القصر) وهي ثلاثة ايام ولياليها وقال الشافعي يزوجها أحد السلطان وقال زفر لا يزوجها حتى يحضر الاقرب والمراد بالغيبة المنقطعة عند صاحب الكتاب واختيار القاضي أبي علي النسفي وسعد بن معاذ المروزي وصدر الاسلام البزدوي والصدر الشهيد هذا وعليه الفتوى وقال شمس الائمة السرخسي الاصح انه اذا كان في موضع لو انتظر حضوره أو استطلاع رايه يفوت الكفء الذي حضر فالغيبة منقطعة وان كان لا يفوت فالغيبة لا تكون منقطعة

بمسافة القصر (قوله وهو اختيار الفضلى) وعليه اكثر المشايخ كما فى النهاية وفتح القدير مع زيادة انه الاشبه بالفقه وفرع عليه قاضيخان فى الجامع الصغير مالو كان مختفيا فى المدينة بحيث لا يوقف عليه تكون غيبة منقطعة وفيه تظهر فائدة الخلاف نهر (قوله وعن زفران لا يعرفوا موضعه) هذا التحديد يناقض مذهبه لما سبق من انه لا يزوجها أحد عنده حتى يحضر الاب حموى عن المنبع وقد يقال هذا من باب التفريع على قول غيره كتفريع الامام مسائل المزارعة على قول الصاحبين وان كان هو لا يراها (قوله ولا يبطل بعوده) لانه حصل بولاية تامة والفعل من قوله ولا يبطل يجوز ان يقرأ بالتأنيث اى لا تبطل ولاية الابعد يعنى السابقة بعود الاقرب ليترتب عليه بطلان النكاح وبه اندفع ما فى البحر من انه بعيد عن النظم والمعنى نهر يعنى والقريب تذكير الفعل بناء على ان الضمير فيه يعود على التزويج السابق (قوله خلافا لزفر) حيث قال بحضور الاقرب يبطل عقد الابعد كالماء اذا وجد يبطل حكم التيمم وفيه ما سبق من المناقضة وجوابها (قوله وولى المجنونة) والمجنون فى النكاح الابن وابنه وان سفل أما التصرف فى المال فالاب مقدم اتفاقا كما فى تهذيب القلانسى (فرع) هل لولى المجنون أو المعتوه تزويجها اكثر من واحدة لم أره لائمتنا والمذكور فى كتب الشافعية المنع لاندفاع الضرورة بالواحدة وأناطوا ما زاد على الواحدة فى الصبى بالحاجة نهر (قوله أى بلغ مجنونا) صوابه أى بلغت مجنونة حموى لان المجنون ليس له ذكر فى كلام المصنف وان كان الحكم واحدا (قوله لا الاب) والاولى ان يعقده أحدهما بامر الآخر ليصح اتفاقا فما فى الدر والاولى ان يامر الاب به لرعاية تعظيم الاب لا للاحتراز عن عكسه (قوله وعند محمد الاب لا الابن) لانه أشفق من الابن ولهذا تعم ولايته فى النفس والمال وليس للابن الولاية فى المال فكان أولى زيلعى قال فى النهر وبه أخذ الطحاوى ولهما ان هذه الولاية مبنية على العصوبة والابن فيها هو المقدم ولا يعتبر بزيادة الشفقة كابى الام مع بعض العصبات نهر (قوله وقال زفر اذا طرأ الجنون لم يجز تزويجها) مفهومه انه اذا لم يطرأ يجوز حموى

(فصل فى الكفاءة فى النكاح) لما كانت شرطا فى اللزوم على الولى اذا عقدت المرأة بنفسها كان اعتبارها فرع وجود الولى فقدم بيان الاولياء ثم أعقبه ببيان الاكفاء وهى بالفتح والمد مصدر والاسم منه الكفء وهو النظير من كافأه اذا ساواه والمراد هنا المساواة فى أمور خاصة او كون المرأة ادنى لاستنكاف الشريفة عن ان تكون فراشا للدنىء بخلاف العكس لان الزوج المستفرش لا يضره دناءة الفراش نهر وهى حق الولى لا حقها فلهذا ذكر الولوالجى امرأة زوجت نفسها من رجل ولم تعلم انه عبد او حر فاذا هو عبد مأذون فى النكاح فالخيار للاولياء ولا خيار لها وان زوجها الاولياء برضاها والمسئلة بحالها فلا خيار لاحدهم هذا اذا لم يخبر الزوج انه حر وقت العقد اما اذا أخبر الزوج والمسئلة بحالها كان لهم الخيار ودلت المسئلة على ان المرأة اذا زوجت نفسها من رجل ولم تشترط الكفاءة ولم تعلم انه كفء ام لا ثم علمت انه غير كفء لا خيار لها وكذلك الاولياء لو زوجوها برضاها ولم يعلموا بعدم الكفاءة ثم علموا لا خيار لهم اما اذا اشترطوا او اخبرهم بالكفاءة فزوجوها على ذلك ثم ظهر انه غير كفء كان لهم الخيار بحر (قوله فى الرجال لا النساء) جعله فى المحيط والظهيرية قول الامام وعندهما تعتبر من جانب النساء أيضا استدلالا بمسئلة الجامع وهى مالو وكله امير أن يزوجه امرأة فزوجه امة لغيره جاز عند الامام خلافا لهما ولا دلالة فيها على ما زعموا لان عدم الجواز عندهما اما لان المطلق فى الوكالة مقيد بالعرف والعادة او لاعتقاد الكفاءة فى تلك المسئلة خاصة فلم تكن دليلا على ما ذكر نهر وفى البحر عن الخبازية الصحيح انها غير معتبرة من جانبها عند الكل انتهى (قوله وقال مالك وسفيان الخ) كذا فى الهداية قال الكمال كان الاولى ذكر الكرخى ايضا لموافقته لهما وذكر نوح أفندى ان الكرخى والجصاص ومن تبعهما من مشايخ العراق لا يعتبرون الكفاءة الا فى الدين ولو لم تثبت هذه الرواية عندهم عن ابى حنيفة لما اختاروها وذهب جمهور مشايخنا الى انها معتبرة الخ (قوله لا تعتبر) أى الا فى الدين لقوله عليه السلام

وهو اختيار الفضلى وعن زفران لا يعرفوا موضعه وقيل الغيبة المنقطعة ان يكون فى بلد لا تصل اليه القوافل فى السنة الامرة وهو اختيار محمد بن سلمة والقدورى (ولا يبطل) أى ما عقد الابعد فى غيبة الاقرب (بعوده) خلافا لزفر (وولى المجنونة الابن) مطلقا سواء كان طارئا أو اصليا أى بلغ مجنونا (لا الاب) وعند محمد الاب لا الابن وقال زفر اذا طرأ الجنون لم يجز تزويجها (فصل فى الكفاءة) اعلم ان الكفاءة فى النكاح معتبرة فى الرجال لا النساء فى ستة أشياء كما بين فى المتن على سبيل التفصيل وقال مالك وسفيان لا تعتبر (من نكحت غير كفء) بغير اذن الولى

الناس سواسية كاسنان المشط لا فضل لعجمى على عربى وانما الفضل بالتقوى وقال تعالى ان أكرمكم عند الله أتقاكم ولنا ما روى جابر انه عليه السلام قال الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء وما روياه فى احكام الآخرة وكلامنا فى الدنيا زيلعى وسواسية بفتح الياء مع التشديد والتخفيف بمعنى سواء شيخنا عن القاموس (قوله فرق الولى) العصبة لا غيره وان لم يكن محرما كابن العم على الصحيح دفعا للضرر عن نفسه وقدمنا ان رواية عدم نفاذه هى المفتى بها وهل لها على ظاهر الرواية ان تمنع نفسها من الوطء ظاهر الجواب لا واختار الفقيه ان لها ذلك وكثير من مشايخنا أفتوا بظاهر الرواية ولا خفاء انه على رواية عدم النفاذ يحرم عليها التمكين كما يحرم عليه الوطء نهر ولو زوجها الولى من غير كفء برضاها ففارقته ثم تزوجت به بغير اذن الولى كان للولى ان يفرق بينهما لان الرضا بالاول لا يكون رضا بالثانى زيلعى بقى ان ما سبق عن النهر من قوله وقدمنا ان رواية عدم نفاذه الخ مخالف لما فى البحر من عدم انعقاده أصلا اذا كان لها ولى وما فى البحر موافق لما سبق فى الشرح فى باب الاولياء حيث قال وروى الحسن عن أبى حنيفة ان النكاح لا ينعقد ويمكن دفع المخالفة بان يحمل عدم النفاذ على عدم الانعقاد (قوله ما لم تلد) هذا خلاف الظاهر من كلام المصنف اذ اطلاقه شامل لما اذا ولدت فله التفريق نهر عن مبسوط شيخ الاسلام لكن جزم الزيلعى وغيره بعدمه وكأنه المعتمد عندهم قال فى البحر وينبغى ان يكون الحبل الظاهر كالولادة انتهى (قوله ولا يكون التفريق بذلك الا عند القاضى) فلو قال المصنف فرق القاضى بينهما بطلب الولى لكان اظهر حموى عن البحر (قوله ورضا البعض الخ) بخلاف التصديق بالكفاءة من البعض فانه لا يسقط حق الباقين لان المصدق منكر سبب الوجوب وانكار سبب وجوب الشىء لا يكون اسقاطا له ولو رضى بتزويجها من غير كفء ولم يعين احدا أو رضى بعد العقد ولم يعرف عين الزوج لا يعتبر لان الرضا بالمجهول لا يتحقق بحر عن الخانية (قوله كالكل) لانه حق واحد لا يتجزأ لانه ثبت بسبب لا يتجزأ فثبت لكل واحد منهم على الكمال كولاية الامان اذا أسقطه بعضهم لا يبقى حق الباقين زيلعى فاذا صدر الامان من حر مجاهد او ممن أذن له مولاه فى الجهاد فقد اسقط به حق نفسه فى الغنيمة فيلزمه حكم أمانه قصدا ثم لزم على غيره ضمنا لعدم تجزئه اما فى امان الحر فواضح وأما فى امان المأذون له فى الجهاد فلانه باذن المولى صار شريكا فى الغنيمة على حسب ما يراه الامام وبرضاه فكان بالامان مسقطا حقه قصدا وحق غيره من سائر المجاهدين ضمنا كما قرر فى محله شيخنا (قوله ولم يكن لمن هو مثله الخ) أشار به الى ان رضا البعض انما يكون كرضا الكل اذا استووا فى الدرجة ومنه تعلم ان المصنف قد أطلق فى محل التقييد الا ان يقال ان التقييد مستفاد من كلامه لان الابعد لا ولاية له مع وجود الاقرب فالتقييد لزيادة الايضاح فقط نهر (قوله الا ان يكون أقرب منه) فيه انه كيف يصح دعوى الاقربية بعد فرض المثلية ويمكن ان يصور ذلك فيما اذا كان لها ثلاث اخوة اخوان منهم لاب وواحد شقيق قد غاب فزوجها أحد الاخوين لاب ففى هذه الصورة ليس لاحد الاخوين لاب ان ينقض ما عقد الآخر وللاخ الشقيق اذا جاء نقضه لانه أقرب منهما ويكون على هذا تامة لا ناقصة حموى ولا يشكل بما سبق من قول المصنف وللابعد التزويج بغيبة الاقرب مسافة القصر ولا يبطل بعوده انتهى اذ ما سبق بالنسبة لما اذا زوجت من كفء وقول السيد الحموى ويكون على هذا تامة لا ناقصة بناء على تجريد يكون من الضمير المستتر وان أقرب هو الفاعل ولا يتعين بل الظاهر أنها ناقصة واسمها مستتر فيها واقرب هو الخبر والتقدير الا ان يكون الذى يريد نقضه أقرب (قوله وقال أبو يوسف الخ) لانه حق الكل فلا يسقط الا برضا الكل كالدين المشترك اذا أسقط احد الدائنين حقه لا يسقط حق الآخر قلنا ان الحق فى الدين متعدد وهنا واحد غير متجزئ لثبوته بما لا يتجزأ فيثبت لكل على الكمال كولاية الامان اذا اسقطه بعضهم لا يبقى حق الباقين كما سبق عن الزيلعى (قوله وقبض المهر الخ) جهزها به اولا فى الاصح نهر (قوله ونحوه) بالرفع عطفا على قبض أى وقبض نحوه وبالجر عطفا على المهر كالنفقة التى

(فرق الولى) مالم تلد المرأة منه ان شاء خلافا لمالك وسفيان وأما اذا ولدت منه فلا حق له ولا يكون التفريق بذلك الا عند القاضى ومالم يفرق القاضى فحكم الطلاق والارث قائم وتلك الفرقة ليست بطلاق ولا مهر لها ان لم يدخل بها وان دخل بها فلها المسمى والطلاق هذه المسئلة دليل على رجوع محمد الى قولهما اى النكاح بغير ولى (ورضا البعض) من الاولياء (كالكل) ولم يكن لمن هو مثله فى الولاية ان ينقضه الا ان يكون أقرب منه وقال أبو يوسف ان رضى به البعض فللولى الذى هو مثله ان لا يرضى (وقبض المهر) ونحوه كالتهيام لترتيب زفافها

ادّعى بها بوكالة منها هذا اذا كان عدم الكفاءة ثابتا عند القاضى قبل مخاصمته فان لم يكن لا يكون رضا بالنكاح قياسا واستحسانا نهر عن الذخيرة وقوله وقبض نحوه فيه نظر لان قوله اى وقبض نحوه لا يصح مع العطف على قبض والصواب ان يقال أى ونحو قبض المهر كقبول الهدية حموى (قوله رضا) لانه تقرير لحكم العقد (قوله لا السكوت) لانه محتمل فلا يجعل رضا الا فى مواضع مخصوصة ليس هذا منها زيلعى (قوله والكفاءة تعتبر الخ) وتعتبر الكفاءة عند ابتداء العقد وزوالها بعد ذلك لا يضر ولا يوجب الخيار كالمبيع اذا تعيب عند المشترى زيلعى (قوله نسبا الخ) نظمها السيد الحموى فقال

ان الكفاءة فى النكاح تكون فى * ست لها بيت بديع قد ضبط
نسب واسلام كذلك حرفة * حرية وديانة مال فقط

(قوله كأهل بيت الخلافة) فلا يكافئهم غيرهم من القرشيين او قال ذلك تسكينا للفتنة لان ظاهر قوله عليه السلام قريش بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل يقتضى عدم اعتبار التفاضل فيما بينهم نهر (قوله والعرب اكفاء) اقتضى كلامه عدم اعتبار الكفاءة نسبا فى غير العرب لانهم لا يفتخرون به بل بالدين والى ذلك أشار سلمان حين افتخرت الصحابة بالانساب وانتهى الامر اليه فقال أبى الاسلام نهر (تتمة) الائمة الاربعة الخلفاء كلهم من قريش لانتسابهم الى النضر فمن دونه وليس فيهم هاشمى الا على رضى الله عنه فانه ابن أبى طالب بن عبد المطلب بن هاشم والصديق يجتمع معه عليه السلام فى الجد السادس وهو مرة وعمر بن الخطاب يجتمع معه عليه السلام فى الجد السابع وهو كعب وعثمان يجتمع معه عليه السلام فى الجد الثالث وهو عبد مناف وبيان ذلك فى البحر فان قلت قريش أيضا عرب فكيف عطفه عليه وأفرده بالذكر قلت لفضيلة قريش افرده بالذكر فكأنه جنس آخر الا ان سائر العرب ليسوا باكفاء لقريش وفى المبسوط أفضل الناس نسبا بنو هاشم ثم قريش ثم العرب لحديث ان الله اختار من الناس العرب ومن العرب قريشا واختار منهم بنى هاشم واختارنى من بنى هاشم فانا خيار من خيار عينى (قوله بعضهم لبعض) أطلقه فعم بنى باهلة وما ذكره العينى والزيلعى تبعا للهداية من قوله وبنو باهلة ليسوا بكفء لجميع العرب لانهم معروفون بالخساسة والدناءة لانهم يأكلون بقية الطعام مرة ثانية ويأكلون نقى عظام الميتة بحث فيه فى فتح القدير بأن ما ورد عنه عليه السلام من قوله والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة صريح فى التسوية بينهم من غير فصل مع أنه عليه السلام كان اعلم الناس بالعرب واخلاقهم وليس كل باهلى كذلك قال فى النهر وهذا البحث بعضده اطلاق المصنف انتهى وأقره الحموى وأقول يعكر عليه ما ذكره الزيلعى من ان رجلا قال له صلى الله عليه وسلم اتتكافأ دماؤنا قال نعم لو قتلت باهليا لقتلتك به فهذا يدل على دناءتهم عندهم وانهم عرفوا بذلك ودل كلامه ان غير العربى لا يكافئ العربى وان كان حسيبا بأن كان ذا منصب وجاه لكن فى جامع قاضيخان الحسيب يكون كفؤا للنسيب فالعالم العجمى يكون كفؤا للجاهل العربى وللعلوية لان شرف العلم فوق شرف النسب وارتضاه فى فتح القدير وجزم به البزازى وزادوا العالم الفقير يكون كفؤا للغنى الجاهل نهر وجرى عليه فى الدرر حيث قال العجمى العالم كفء للعربى الجاهل ويخالفه ما فى التنوير وشرحه العجمى لا يكون كفؤا للعربية ولو كان العجمى عالما وهو الاصح فتح عن الينابيع ونقل الحموى عن البرجندى الاصح ان ذا الجاه كالسلطان والعالم لا يكون كفؤا للعلوية انتهى *(فرع)* الحنفى كفء لبنت الشافعى در وفى جامع الفتاوى قيل لا ينبغى للحنفى ان يزوج بنته من شافعى *(تتمة)* طبقات العرب ست وهى الشعب بفتح الشين والقبيلة والعمارة والبطن والفخذ والفصيلة فالشعب أعمها الا انها تجمع القبائل والقبيلة تجمع العمارة والعمارة تجمع البطون والبطن تجمع الافخاذ والفخذ يجمع الفصائل فربيعة شعب وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصى بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وقد نظمها بعض الادباء فى قوله

قبيلة فوقها شعب وبعدهما * عمارة ثم بطن تلوه فخذ

وليس

(رضا الا السكوت) أى لو علم الولى بالنكاح وسكت لا يكون رضا وان طال ما لم تلد (والكفاءة تعتبر نسبا) أى من جهة النسب (فقريش اكفاء) بعضهم لبعض بطنا ببطن ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش وعن محمد الا ان يكون نسبا مشهورا كأهل بيت الخلافة (والعرب اكفاء) بعضهم لبعض قبيلة لقبيلة وليسوا بكفء لقريش

وليس يؤوى الفتى الا فصيلته * ولا سداد لسهم ماله قذذ

واعلم ان العرب صنفان عرب عاربة وهم أولاد قحطان ومستعربة وهم أولاد اسمعيل عليه السلام وقيل قحطان من ذرية اسمعيل والعجم أولاد فروخ أخى اسمعيل وسمى العجم موالى لان بلادهم فتحت عنوة بأيدى العرب وكان للعرب استرقاقهم فاذا تركوهم أحرارا فكأنهم اعتقوهم والموالى هم المعتقون أو لانهم نصروا العرب على قتل الكفار والناصر يسمى مولى نهر وزيلعى (قوله والقرشى من كان من ولد النضر بن كنانة) ومن لم يكن من ولده فليس بقرشى وقيل هو من كان من ولد فهر بن مالك وهو ابو كنانة وفى شرح البخارى لابن حجر الاكثرون على القول الاخير حموى عن البرجندى (قوله وحرية) فلا يكون العبد ولا المعتق كفؤا للحرة الاصلية قال فى التجنيس ولو كان أبوها معتقا وأمها حرة الاصل لم يكافئها المعتق وفى المجتبى معتقة الشريف لا يكافئها معتق الوضيع وأما الكفاءة بين أهل الذمة فغير معتبرة فلو ادعى الولى ان الزوج غير كفء لم يفرق الا أن يكون نسبا مشهورا كبنت ملكهم اذا أخذها حائك فيفرق لتسكين الفتنة لا لعدم الكفاءة والقاضى مأمور بتسكينها بينهم كما بين المسلمين والمجنون ليس بكفء للعاقلة ولا عبرة بالجمال والبلد فالقروى كفء للمدنى نهر (قوله واسلاما) فلا يكون من أسلم بنفسه كفؤا لمن لها أب فى الاسلام وهذا فى حق العجم لتفاخرهم به لا فى العرب لانهم لا يفتخرون بغير الانساب فمن له أب كافر لو تزوج بمن لها أب فى الاسلام آباء كان كفؤا قال فى الفتح ولا يبعد ان يكون من أسلم بنفسه كفؤا لمن عتق بنفسه وفى القنية المرتد اذا أسلم يكون كفؤا لمن لم يجر عليها ردة نهر (قوله وأبوان فيهما كالآباء) هذا ظاهر الرواية وهو الصحيح كما فى المبسوط نهر لان أصل النسب فى التعريف الى الاب وتمامه الجد فلا يشترط اكثر من ذلك حموى عن ابن الحلبى (قوله وعن أبى يوسف) انه يكون كفؤا يحمل على انه قال ذلك فى موضع لا يعد كفر الجد عيبا ويدل على ذلك اتفاقهم على انه ليس بعيب فى العرب لانهم لا يعيرون بذلك واستحسنه فى النهر لان به ينتفى الخلاف ونظيره ما قيل انما اكتفى الثانى بذكر الاب فى الدعاوى والشهادات اذا كان فى قرية صغيرة لا يلتبس الاسم فيها وعدم الاكتفاء عندهما اذا كانت كبيرة كالمصر (قوله وديانة) عدل عن قول غيره وديننا لان المراد التقوى لا اتفاق الدين لما انه شرط لنكاح المسلمة والكلام فى شرط الكفاءة نهر فلو اقتصر العينى على تفسيرها بالتقوى لكان أولى (قوله حتى ان امرأة من بنات الصالحين الخ) والظاهر من عبارة الدرر ان العبرة بصلاحها وصلاح أبيها وقال بعضهم العبرة بصلاح أبيها فقط فالفاسق لا يكون كفؤا لبنت صالح ولو كانت البنت فاسقة وقال بعضهم بصلاح نفسها فقط فالفاسق لا يكون كفؤا لصالحة ولو كان أبوها فاسقا نوح افندى (قوله وقال محمد لا يعتبر الا ان يفحش) وعليه الفتوى بحر عن الفتح ثم رأيت فى حاشية نوح افندى ما يخالفه فى التصحيح (قوله وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة) أما المهر فلانه عوض بضعها فلا بد من تسليمه والمراد قدر ما تعارفوا تعجيله كما سيأتى وأما النفقة فلان قوام الازدواج ودوامه بها درر والقوام كسحاب العدل وما يعاش به شيخنا عن القاموس والمراد النفقة بطريق الكسب صححه فى المجتبى وقيل نفقة شهر وصححه فى التجنيس قال فى البحر وتصحيح المجتبى أولى وكلامه فى الدرر يشير الى التوفيق حيث قال أى نفقة شهر ان لم يكن محترفا والا فان يكتسب كل يوم كفايتها لو تطيق الجماع انتهى واذا لم تكن مطيقة للوطء فهو كفء وان لم يقدر على النفقة لانه لا نفقة لها ويعد قادرا على المهر بيسار أبيه وامه وجده وجدته ولا تعتبر القدرة على النفقة بيسار الاب شرنبلالية عن الفتح ووجهه كما فى الدر عن الذخيرة ان الآباء يتحملون عن الابناء المهر عادة لا النفقة ومع هذا لا يلزم الاب مهر ابنه الا اذا ضمنه كما سيأتى فى المتن من باب المهر ولو كان عليه دين بقدر المهر كان كفؤا لان له ان يقضى أى الدينين شاء ولو قدر على نفقتها دون نفقته يكون كفؤا وان لم يجد نفقتها لا يكون كفؤا ولو فقيرة نهر عن الذخيرة وقيل اذا كان ذا جاه كالسلطان والعالم يكون كفؤا وان لم يملك الا النفقة لان الخلل ينجبر به (قوله فاما الكفاءة فى الغنى فتعتبر عندهما) جعله الزيلعى رواية عنهما (قوله

والقرشى من كان من ولد النضر والعرب من جمعهم اب فوق النضر (وحرية) من جهة الاصل (واسلاما) من جهة الاصل (وأبوان فيهما) أى فى الحرية والاسلام (كالآباء) فمن له اب واحد فى الاسلام والحرية لا يكون كفؤا لمن له أبوان فيهما وعن أبى يوسف انه يكون كفؤا (و) تعتبر (ديانة) عندهما حتى ان امرأة من بنات الصالحين لو نكحت فاسقا كان للاولياء حق الرد وقال محمد لا تعتبر الا ان يفحش كرجل يصفع فى الاسواق ويسخر منه أو يخرج سكران ويلعب به الصبيان فانه لا يكون كفؤا لها (و) تعتبر (مالا) وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهو المعتبر فى ظاهر الرواية حتى ان العاجز عنهما أو عن أحدهما لا يكون كفؤا لها وعن أبى يوسف انه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله فأما الكفاءة فى الغنى فتعتبر عندهما حتى ان امرأة فائقة فى يسارها لو تزوجت بمن يقدر على المهر والنفقة يرد عقدها وقال أبو يوسف ان كان قادرا على ايفاء ما يعجل لها ويكتسب ما ينفقه عليها يوما بيوم فانه يكون كفؤا وقال شمس الائمة السرخسى

وصاحب الذخيرة فيها) زادفيها لدفع احتمال ذكره فى غيرها من مصنف آخر له (قوله الاصح ان ذلك لا يعتبر) يعنى الكفاءة فى الغنى لان كثرة المال مذموم فى الاصل قال عليه السلام هلك المكثرون الامن قال بماله هكذا وهكذا أى تصدق به درر قال فى نهاية ابن الاثير العرب تجعل القول عبارة عن جميع الافعال وتطلقه على غير الكلام فتقول قال بيده أى اخذ وقال برجله أى مشى وقال بثوبه أى رفعه وكل ذلك على المجاز والاتساع انتهى ومن غفل عن هذا الاستعمال قال فى تفسيره تصدق به بان عينه فى وجوه الخيرات وذلك ليرجع التصدق الى القول اللسانى بالتأويل وقد عرفت مافيه شيخنا عن عزمى زاده (قوله وحرفة) سميت بها لانه ينحرف اليها وتسمى صنعة أيضا قال فى البحر والظاهر انها اعم من الصنعة لانها العلم الحاصل من التمرن على العمل ولهذا عبر بالحرفة دونها انتهى وبه صرح فى حاشية شرح المواقف لابن الفنارى نهر والوظائف من الحرف فصاحبها كفء للتاجر لوغير دنيئة كبوابة وذوتدريس أونظر كفء لبنت الامير بمصر درعن البحر (قوله فالبزاز والعطار كفؤان) يشير الى ان المعتبر فى الحرفة التقارب لاحقيقة المساواة وعليه الفتوى شرنبلالية عن البحر والبزاز تاجر القماش (قوله لايكون كفؤالهما) وكذا الخياط والحداد والنجار شيخنا (قوله وقال أبو يوسف لايعتبر الخ) الصحيح اعتبار الكفاءة فى الحرف لانّ الناس يتفاخرون بشرفها ويتعيرون بدناءتها نهر عن الخانية (قوله كالحجام الخ) وأتباع الظلمة أخس من الكل در (قوله وفى الجامع الصغير الخانى لا تعتبر الكفاءة الخ) لانه يمكنه التحول عنها عينى وفيه انه وان امكن تركها يبقى عارها بحر عن المجتبى (قوله ونقصت عن مهر مثلها) نقصانا لايتغابن الناس فى مثله أما لو كان يسيرا يكون عفوا حموى عن ابن الحلبى (قوله للولى) وهو العصبة على مامر لاغيره من الاقارب ولا القاضى لو كانت سفيهة نهر عن الذخيرة ولا فرق بين المحرم وغيره هو المختار بحر (قوله ان يفرق بينهما) أى يوقع بينهما الفراق على ان الفعل مسند الى مصدره الثلاثى ويحتمل ان يكون مبنيا للفاعل وفاعل الاتمام والتفريق الولى والاسناد اليه على سبيل التسبب حموى ثم ان كان التفريق قبل الدخول فلامهر لها او بعده ولوحكما لها المسمى نهر والمراد بالدخول الحكمى الخلوة بلامانع وكذا يجب لها المسمى بموت أحدهما قبل التفريق زيلعى ووجوب المسمى بموت أحدهما قبل التفريق يشمل مالو كان قبل الدخول لان النكاح به ينتهى وفى الدر التصريح بانه ليس للولى المطالبة بالاتمام لانتهاء النكاح بالموت اه (قوله أو يتم مهرها) فان قلت لافائدة فى هذا الاتمام لانها تسقطه قلت فائدته اقامة حق الولى كما اذا كان أقل من عشرة دراهم يتم لها عشرة اقامة لحق الله تعالى عينى ويجوز ان تكون أو من قوله أو يتم مهرها بمعنى الا أن والتقدير للولى ان يفرق الا ان يتم الزوج المهر حموى (قوله وعندهما ليس للولى الخ) لان الزائد على العشرة حقها ولا اعتراض على من اسقط حقه كما فى الابراء وله ان الاولياء يفتخرون بغلاء المهر ويتعيرون بنقصانه فاشبه الكفاءة ولا يتعيرون بالابراء نهر (قوله انما يصح الخ) أى نسبة هذا الى محمد انما يصح على قوله الذى رجع اليه من نفاذ النكاح بلا ولى (قوله وهذه شهادة صادقة عليه) أى على الرجوع قال فى النهر وفى هذه الشهادة طعن وذلك ان المسئلة كما هنا هى فى الجامع الصغير ورجوعه قبل موته بسبعة ايام ومعلوم ان وضع الجامع سابق وحينئذ يتعين ان يكون وضع المسئلة فيما اذا اذن لها الولى فى النكاح ولم يسم مهرا فعقدت على ذلك الوجه انتهى او كما تأويل الشارح فعلى هذا لايكون فى هذه المسئلة شهادة على ماذكر (قوله ولو زوج طفله الخ) قيد بتزويج الطفل لانه لو زوج امة الطفل بغبن فاحش لم يصح اتفاقا لما فيه من اضاعة المال وكذا سائر التصرفات المالية كالبيع والصلح عن دعوى المال والاجارة والاستئجار وبالطفل لانه لو زوج الكبيرة برضاها من مملوكه أو بغبن فاحش صح نهر يعنى من غير خلاف (قوله او ابنه الصغير غير كفء) موافق لما قدمناه عن المحيط وغيره ويخالف لما مر عن الخبازية من عدم اعتبار الكفاءة فى جانبها عند الكل قال فى الحواشى السعدية ولعلهما يعتبران الكفاءة بالحرية من جانبها دون غيرها لان رقية الزوجة تستتبع

وصاحب الذخيرة فيها الاصح ان ذلك لا يعتبر (و) تعتبر (حرفة) فالبزاز والعطار كفؤان والخفاف لايكون كفؤا لهما وقال ابو يوسف لا تعتبر الا ان تفحش كالحجام والحائك والدباغ وفى الجامع الصغير الخانى لا تعتبر الكفاءة فى الحرف فى اظهر الروايتين عن ابى حنيفة (ولو) نكحت كفؤا (ونقصت عن مهر مثلها) يجوز (للولى ان يفرق) عند القاضى ان لم يلتزم مايتم به لها مهر مثلها وهذه الفرقة لاتكون طلاقا لانها ليست من قبل الزوج (او) ان (يتم مهرها) ان التزم عند ابى حنيفة رحمه الله وعندهما ليس للولى حق الاعتراض وهذا الوضع انما يصح على قول محمد المرجوع اليه فى النكاح بلا ولى فقد صح ذلك عنه وهذه شهادة صادقة عليه اذ كان تأويل المسئلة فيما اذا اكرهت المرأة والولى على ان يزوجها بأقل من مهر مثلها ثم زال الاكراه فرضيت المرأة فابى الولى فليس له ذلك عندهما (ولو زوج طفله غير كفء او بغبن فاحش) اى ان زوج الاب الصاحى ابنته الصغيرة من غير كفء ولو عبدا او نقص من مهرها او ابنه الصغير غير كفء ولو امة اوزاد فى مهر امرأته

رقية أولادها انتهى والى هذا يرشد تصويرهم المسئلة بما اذا زوجه امة الا ان الظاهر اعتبارها فى جانبها مطلقا على مامر نهر (قوله صح ذلك عليهما عند الامام) لكن لهما خيار الفسخ بعد البلوغ أو العلم بالنكاح كما فى البرجندى وفيه ان هذا خلاف الصحيح كما يعلم بمراجعة الاصلاح لابن الكمال حموى (قوله وعندهما لاتجوز الزيادة الخ) وكذا لايجوز ان يزوجها من غير كفء لان الولاية مقيدة بالنظر فعند فواته يبطل العقد ولهذا لايجوز ذلك لغيرهما من الاولياء كما فى البيع ولابى حنيفة ان الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفى النكاح مقاصد تربو على ذلك بخلاف البيع فان المقصود فيه المالية فاذا فاتت فات النظر وبخلاف غيرهما لانّ دليل النظر لم يوجد وهو قرب القرابة ووفور الشفقة زيلعى (قوله الا بما يتغابن الناس فيه) والذى يتغابن فيه فى النكاح مادون نصف المهر حموى عن شرح النظم الهاملى (قوله لغير الاب والجد) مثلهما ابن المعتوهة وسيد الامة ويدخل فى الغير وكيل الاب فلو زوج طفل موكله بغبن فاحش لم يجز كما فى القنية وقدمنا ان المسئلة مقيدة بما اذا لم يعين لوكيله المقدار ومفاده انه لو عين لوكيله شخصا فزوجها الوكيل منه ان يصح وان لم يكن كفؤا بقى ان يقال قولهم لايجوز للوكيل تزويج بنت موكله بغبن فاحش استشكله فى معين المفتى بقولهم انه يصح ان يوكل بكل ما يعقده بنفسه وفى رمز المقدسى كلام يتعلق بهذا حموى ثم قال انظر هل لوكيل الولى الاقرب ان يزوج بحضرة الابعد انتهى وأقول مقتضى قولهم ان الابعد لاولاية له مع وجود الاقرب وقولهم ان له ان يوكل بكل ما يعقده بنفسه ان يكون له ذلك ثم رأيت فى البحر ما يفيده (تنبيه) التوكيل بالنكاح يتناول الجائز دون الفاسد ولو وكله ان يزوجه امرأة نكاحا فاسدا فزوجه نكاحا صحيحا لم يجز فرق بين هذا وبين ما اذا وكله بالبيع الفاسد والفرق ان الوكيل بالبيع الفاسد وكيل بالبيع والبيع الفاسد بيع فاذا باع جائزا فقد خالف الى خير فينفذ وأما الوكيل بالنكاح الفاسد فغير وكيل بالنكاح لان النكاح الفاسد ليس بنكاح لانه لايفيد الملك ولهذا لايجوز طلاقها ولا ظهارها فاذا لم يصر وكيلا لم ينفذ تصرفه عليه حموى عن ابن الحلبى وجه كون البيع الفاسد بيعا انه يفيد الملك اذا اتصل به القبض

(فصل فى الولاية فى النكاح وغيره)

الصواب فى الوكالة كما فى الزيلعى والعينى كذا ذكره الحموى وتبعه بعضهم وفيه نظر سيأتى وجهه ولما كانت الوكالة نوعا من الولاية من حيث نفاذ تصرفه على الموكل كانت تالية الولاية الاصلية فلاجرم اوردها ثانية فى التعليم ثم ذكر الفضولى لتأخره عنها لان النفاذ بالاجازة انما ينسب للولى المجيز فنزل عقد الفضولى كالشرط له حيث لم يستعقب بنفسه حكمه وبدأ بالولى لقوته وان كان الفصل معقودا للوكيل نهر والحاصل انّ مسائل هذا الفصل لم تنحصر فى الوكالة لاشتمالها على كل من الوكالة والولاية بل وعلى غيرهما أيضا كنكاح الفضولى فقول الشارح فصل فى الولاية صحيح ولا حاجة الى ماسبق من التصويب (قوله لابن العم ان يزوج الخ) ولايحتاج الى القبول لانّ قوله زوجت قد تضمن معنى الشطرين حموى (قوله بنت عمه لصغيرة) وهذا القيد لابد منه والا فان كانت كبيرة وكان ذلك باذنها كان وكيلا والا كان فضوليا وهذه المسئلة من جزئيات مامر من قوله وللولى انكاح الصغيرة لانه أعم من انكاحها لنفسه أو لغيره نهر (قوله من نفسه) صوابه نفسه باسقاط من قال فى المغرب زوجته امرأة وتزوجت امرأة وليس فى كلامهم تزوجت بامرأة ولا زوجت منه امرأة حموى (قوله اذا كانت الولاية له) بان لم يكن هناك غيره أولم يكن محجوبا بمن هو أقرب منه حموى أو كان محجوبا بالاقرب وكان ذلك الاقرب غائبا مسافة القصر أولم يغب لكنه عضل وهذا اذا كانت صغيرة أما لو كانت كبيرة فان وكلته فكالصغيرة وان لم توكله كان الموجود شطر عقد لكونه فضوليا من جانبها وسيأتى ان شطر العقد باطل فلايتوقف خلافا للثانى (قوله وهو المختار) وعليه فلاحاجة الى كشف وجهها وان كان هو الاحوط وهذا مروى عن الحسن وبشر وقيل لايجوز مالم يرفع النقاب ويراها الشهود حموى (قوله والاحتياط ان يكشف وجهها أو يذكر أباها) كذا فى كثير من نسخ الفتاوى بكلمة أو والصواب بالواو كما فى عمدة الفتاوى للصدر الشهيد لانّ الاحتياط الجمع بينهما

(صح) ذلك عليهما عند الامام وعندهما لاتجوز الزيادة ولا الحط الا بما يتغابن الناس فيه والاصح ان اصل النكاح باطل عندهما واذا قيدنا بالصحو لانه لو كان سكران لايجوز اجماعا وكذا اذا كان للاب سوء اختيار مجانة اوفسقا (ولم يجز ذلك) اى تزويج غير الكفء والزيادة والنقصان (لغير الاب والجد) اتفاقا

(فصل) فى الولاية فى النكاح وغيره يجوز (لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه) اذا كانت الولاية له صورته ان يقول زوجت فلانة من نفسى بحضرة الشهود ثم ان كانت بنت عمه حاضرة فى مجلس العقد يراها الشهود اذا لايحتاج الى ذكر نسبها وفى السراجية منك قالت متنقبة زوجت نفسى ولا يعرفها الشهود فقال تزوجت جاز وزاد فى الخلاصة وقال وهو المختار والاحتياط ان يكشف وجهها

لاحدهما بحر (قوله أو يذكر أباها) كان عليه ان يقول وجدها حتى يكون متفقا عليه فيقع الامن من أن يرفع الى قاض يرى قول نصير بن يحيى انه لا يجوز فيبطل النكاح حموى عن الخلاصة (قوله ينبغى ان يذكر اسمها) ينبغى هنا للوجوب لا للندب حموى (قوله ان يذكر اسمها واسم ابيها واسم جدها) خلافا للخصاف قال الحلوانى والخصاف كبير فى العلم يقتدى به نهر لكن قال فى البحر والمختار فى المذهب خلافه وان كان الخصاف كبيرا فى العلم يقتدى به (قوله أما اذا وكلته بان يزوجها فزوجها من نفسه لا يجوز) لانه كما فى البحر عن المحيط أمرته بالتزويج من نكرة وهو معرفة بالخطاب والمعرفة لا تدخل تحت النكرة وكذا لا يجوز ان يزوجها من نفسه اذا وكلته ان يتصرف فى أمرها أو قالت له زوج نفسى ممن شئت تنوير ونهر عن الخانية لكن فى الشرنبلالية وكلت رجلا بتزويجها فتزوجها لم يجز كذا عكسه فيتوقف على الاجازة الا ان تقول ممن شئت انتهى ومسئلة العكس هى ما اذا وكلها بتزويجه (تتمة) سئلت عن شخص اعتق امته ولم يعلمها بالعتق واراد العقد عليها بدون علمها فهل اذا وكلته وكالة عامة يملك العقد عليها وينفذ وان لم تعلم فاجبت بان له ذلك أخذا من قولهم الوكيل وكالة عامة مطلقة يملك المعاوضات لا الطلاق والعتاق والتبرعات قال فى الدر وقبيل الوكالة بالخصومة وبه يفتى الخ ولا ينافى هذا ما سبق عن النهر والتنوير من انها اذا وكلته ان يتصرف فى أمرها لا يجوز ان يزوجها من نفسه لكون التوكيل غير عام ثم ظهر انه وان ملك تزويجها لكونها وكلته وكالة عامة لكن لا لنفسه بل لغيره (قوله وقال زفر والشافعى لا يجوز فيهما) أى فيما اذا كان وليا أو وكيلا بدليل ما سيأتى عن أحد قولى الشافعى ان كان وليا لما يجوز وان كان وكيلا لا وجه عدم الجواز ما ذكره الزيلعى من ان الواحد لا يكون مملكا ومتملكا كما فى البيع ولنا ان المباشر فى النكاح سفير ومعبر والتمانع فى الحقوق وهى لا ترجع اليه بخلاف البيع لانه أصيل فيه ولهذا ترجع الحقوق اليه وفى الغاية هذا التعليل صحيح لو سلم من النقض ولم يسلم فان الوكيل لو زوج موكله على عبد نفسه يطالب بتسليمه وهذا سهو فانه لم يلزمه بمجرد العقد بل بالتزامه حيث أضاف العقد اليه بجعله مهرا انتهى وأفاد فى الذخيرة انه اذا سلمه لا يرجع على الزوج بشئ ولو قال بالف من مالى أو بانى هذه جاز ولا يلزم الوكيل شئ والسفير الرسول والجمع سفراء كفقيه وفقهاء نهر عن الصحاح وفيه عبرت عن فلان اذا تكلمت عنه وهذا يفيدان عطف المعبر على السفير تفسيرى قال فى الفتح وانما لم يذكر المصنف الرسول استغناء عنه بالوكيل لانه فيه أى فى النكاح رسول (قوله ونكاح العبد والامة) ولو مدبرا أو مكاتبا أو ام ولد نهر وكذا المستسعى والمبعض حموى ثم الاصل فيه ان كل عقد صدر من الفضولى وله مجيز انعقد موقوفا وما لا مجيز له يبطل فلو باع الصبى ماله أو اشترى أو زوج امته أو كاتب عبده توقف على اجازة الولى ولو طلق أو خلع أو اعتق عبده ولو على مال بطل لعدم المجيز الا اذا كان لفظ الاجازة يصلح لابتداء العقد فيصح على وجه الانشاء كان يقول بعد البلوغ أوقعت ذلك الطلاق أو العتاق نهر وكذا اذا زوجه الفضولى امة وكان تحته حرة أو زوجه اخت امرأته أو كان تحته أربع نسوة فزوجه الفضولى خامسة يبطل ولا يتوقف على اجازة أحد حتى لو زال المانع بان ماتت امرأته واجاز العقد لا يجوز وكذا لو زوجه خمسا فى عقدة واحدة وليس له ان يجيز فى بعضهن وعلى هذا لو باع الصبى بغبن فاحش أو زوج المكاتب عبده كان باطلا ولا يتوقف على اجازة أحد حتى لو بلغ الصبى أو اعتق المكاتب فاجازه لم يجز بحر والمجيز من له قدرة الامضاء على الاجازة (تنبيه) للفضولى فى النكاح فسخه قبل الاجازة عند أبى يوسف حتى لو اجاز من له الاجازة بعد ذلك لا ينفذ فى قول أبى يوسف الآخر قاسه على البيع وليس له ذلك عند محمد ويفرق بان حقوق العقد بالبيع ترجع الى الفضولى بعد الاجازة لانه يصير كالوكيل بخلاف النكاح كذا فى الفتح وقال قاضيخان رجل زوج رجلا من امرأة بغير أمره لم يكن لهذا العاقد فسخه انتهى من غير ذكر خلاف شرنبلالية وعلى ما فى الخانية جرى فى النهر حيث قال الفضولى قبل الاجازة لا يملك نقض النكاح لا قولا ولا فعلا بخلاف البيع (قوله موقوف) وان اعتق العبد أو الامة نفذ حموى عن شرح ابن الحلبى (قوله

او يذكر اباها وان كانت غائبة ينبغى ان يذكر اسمها واسم ابيها واسم جدها وان كانت معتقة يذكر اسمها واسم معتقها واسم اب العتق (و) يجوز (للولى والوكيل ان يزوجه موكلته من نفسه) أى اذا كان وكيلا بان يزوجها من نفسه اما اذا وكلته بان يزوجها فزوجها من نفسه لا يجوز وقال زفر والشافعى لا يجوز فيهما وفى أحد قولى الشافعى ان كان وليا لما يجوز وان كان وكيلا لا (ونكاح العبد والامة بلا اذن السيد موقوف)

ان أجازه المولى بالقول أو بالفعل وفى التجنيس اذن له فيه بعد ما تزوج لا ينفذ الا باجازة العاقد نهر (قوله كنكاح الفضولى) الفضولى بضم الفاء فى اللغة من يشتغل بما لا يعنيه منسوب الى الفضول جمع فضل بمعنى الزيادة المطلقة وقد غلب الجمع على ما لا خير فيه وفى عرف الفقهاء من ليس بوكيل ولا رسول ثم الاجازة قد تكون بالقول وبالفعل وبالخلوة على ما ذكره صدر الاسلام وقيل لا وكذا بالتقبيل واللمس ان كان بشهوة وكذا بعث شئ من المهر مطلقا وصل أم لا خلافا لبعضهم اذا لم يصل حموى عن البرجندى (قوله ولا يتوقف شطر العقد) أى نصفه وهو الايجاب يعنى اذا قال رجل اشهدوا انى تزوجت فلانة وهى غائبة عن المجلس فبلغها الخبر فاجازت فهو باطل أو تقول المرأة كذلك فان قبل رجل فضولى فى المجلس جاز العقد موقوفا على الاجازة وقال أبو يوسف يجوز فى الفصلين حموى وعلى هذا الخلاف اذا قال الفضولى زوجت فلانة من فلان وهما غائبان ولم يقبل احد لا يتوقف عندهما خلافا له (قوله على قبول ناكح غائب) اذ لا يتوقف الايجاب على قبول من كان غائبا عن المجلس بل يبطل ولا يلحقه الاجازة ولا فرق فى هذا بين البيع والنكاح وغيرهما من العقود فقوله ناكح ليس بقيد احترازى بحر (قوله هنا ست مسائل الخ) حاصله ان الواحد يصلح وكيلا من الجانبين أو وليا من الجانبين أو اصيلا من جانب ووليا من جانب أو وكيلا من جانب أصيلا من جانب أو وليا من جانب ووكيلا من جانب باتفاق الثلاثة ولو كان فضوليا من الجانبين أو احدهما لم يتوقف عندهما وعنده يتوقف وعند زفر لا يجوز النكاح بعبارة الواحد أصلا على ما تقدم زيلعى أما كونه وكيلا من الجانبين فظاهر وأما الولى من الجانبين فكالجد يزوج ابن ابنه بنت ابنه الآخر بعد موت الابنين أو جنونهما وأما كونه أصيلا من جانب ووكيلا من جانب فكما لو وكلت رجلا ان يزوجها من نفسه وأما كونه وليا من جانب أصيلا من جانب فكابن العم يتزوج بنت عمه الصغيرة وأما كونه وليا من جانب ووكيلا من جانب فكابن العم يزوج بنت عمه ممن وكله بالنكاح حموى عن البرجندى (قوله قال ابو يوسف يتوقف الخ) لان كلام الواحد فى باب النكاح يقوم مقام كلامين ولهذا لو كان مأمورا من الجانبين يجوز فاذا لم يكن مأمورا يتوقف ولهما ان الصادر من الواحد شطر ولهذا كان شطرا حالة الحضرة حتى يبطل بقيام أحدهما ويكون لكل واحد منهما الخيار وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس بخلاف ما اذا كان وليا من الجانبين لانه صار كل العقد حكما لحق الولاية ولهذا لا يحتاج فيه الى القبول فصار كشخصين وكلامه ككلامين وبخلاف المأمور من الجانبين لان عبارته تنتقل اليهما فصارت قائمة مقام عبارتهما فكان تمام العقد باثنين معنى وهنا لا تنتقل عبارته اليهما لان الانتقال بالامر وهو غير مأمور زيلعى واعلم ان الاختلاف فى ان الفضولى اذا قال زوجت فلانة من فلان وهما غائبان ولم يقبل أحد هل يبطل أو يتوقف يبتنى على خلاف آخر ذكره فى البحر وهو ان ما يقوم بالفضولى عقد تام فيصح ان يتولى الطرفين أو شطره فلا يتوقف فعند أبى حنيفة ومحمد شطر فيبطل وعند أبى يوسف عقد تام فيتوقف (قوله وقالا هو باطل) لا فرق عندهما بين ان يتكلم بكلام واحد أو بكلامين اذ قبوله غير معتبر شرعا فالحق بالعدم هذا فى الحواشى وغيرها كالنهاية على ما نقل عنها الحموى من تقييد الخلاف بما اذا تكلم بكلام واحد اما اذا تكلم بكلامين فيتوقف اتفاقا ضعيف كما فى النهر (قوله اتفاقا) لان ما جرى بين الفضوليين عقد تام (قوله خلافا للشافعى) لان المباشر لا يقدر على اثبات الحكم وهو الملك لعدم الولاية فيلغو لعدم الفائدة ولنا ما روى انه عليه الصلاة والسلام جعل أمر المرأة التى زوجها أبوها بغير اذنها اليها فقالت قد أجزت ما صنع أبى انما اردت لاعلم هل للنساء من الامر شئ وأجاز نكاح امرأة زوجتها امها ولان العقد صدر من أهله مضافا الى محله ولا ضرر فى انعقاده فوجب القول بانعقاده حتى ان رأى المصلحة اجازه وقد يتراخى حكم العقد عنه كالبيع بشرط الخيار زيلعى (قوله بنكاح امرأة) نكرها دلالة على انه لو عينها فزوجها له مع اخرى لا يكون مخالفا بل ينفذ عليه فى المعينة ولو وكله ان يزوجه فلانة او فلانة فايهما زوجه جاز ولا يبطل التوكيل بهذه الجهالة نهر عن الخانية (قوله مخالف بامرأتين) يعنى

ان أجازه المولى جاز وان رده بطل وقال مالك يجوز نكاح العبد بغير اذنه (كنكاح الفضولى ولا يتوقف شطر العقد على قبول ناكح غائب) هنا ست مسائل ثلاث فيها خلاف فضولى قال زوجت فلانة من فلان وهما غائبان ولم يقبل منه أحد أو قال تزوجت فلانة وهى غائبة أو قالت زوجت نفسى من فلان وهو غائب ولم يقبل منهما احد قال أبو يوسف يتوقف ويتم بالاذن وقالا هو باطل وثلاث منها تتوقف على الاجازة اتفاقا عندنا خلافا للشافعى فضولى قال زوجت فلانة من فلان فقال فضولى آخر زوجتها منه أو قال تزوجت فلانة وهى غائبة فقال فضولى آخر زوجتها منك أو قالت زوجت نفسى من فلان وهو غائب فقبل منها فضولى آخر جاز (والمأمور بنكاح امرأة مخالف بامرأتين) بان امر رجل رجلا ان يزوجه امراة فزوجه امراتين

في عقد واحد قيد به في الهداية وسيأتي في كلام الشارح أيضا قال في النهر ولابد منه وانما كان مخالفا لانه لا وجه الى تنفيذهما للمخالفة ولا الى التنفيذ في احداهما غير عين للجهالة ولا الى التعين لعدم الاولوية قال في الهداية فتعين التفريق ورده الزيلعي بانه غير مستقيم اذ له ان يجيز أحدهما أو نكاحهما والمنفي انما هو اللزوم للمخالفة وأجاب في الحواشي السعدية بان المراد اذا لم يجز بان رده بقرينة السياق قيد بامرأة لانه لو أمره بان يزوجه امرأتين في عقد فزوجه واحدة فانه يجوز كما في الخلاصة قال في البناية الا اذا قال لا تزوجني الا امرأتين في عقدتين كذا في النهر وفيه خلل لان الاستثناء الذي ذكره يقتضي انه اذا قال له لا تزوجني الا امرأتين في عقدتين فزوجه واحدة لا يجوز وليس كذلك كما يستفاد من عبارة البحر عن غاية البيان حيث فرض المسئلة فيما اذا قال له لا تزوجني الا امرأتين في عقد فافاد قوله في عقد انه لو قال في عقدتين فزوجه واحدة جاز فعلى هذا قوله في النهر في عقدتين صوابه في عقدة هذا ما ظهر لي ثم رأيت السيد الحموي ذكر المسئلة في شرحه معزية للبناية على الوجه الذي ذكرته بصيغة الافراد في العقد فلله الحمد أو نقول لا حاجة الى التصويب والاستثناء في كلامه منقطع ومعنى المسئلة اذا قال له لا تزوجني الا امرأتين في عقدتين فزوجهما في عقد لم يجز فيوافق حينئذ ما نقله في البحر أيضا عن المحيط فتدبر (قوله في عقدة واحدة) لانه لو زوجه اياهما في عقدتين نفذ الاول وتوقف الثاني وقيد بامرأتين لانه لا يكون مخالفا بالواحدة ولو صغيرة لا يجامع مثلها اجماعا الا اذا وصفها بان قال سوداء فزوجه بيضاء أو عكسه وكذا لا يجوز لو قال من قبيلة كذا فزوجه من أخرى ثم اذا لم يصفها واختلفا في تعيينها فقال الموكل هي هذه وقال الوكيل انما زوجتك هذه كان القول للزوج اذا صدقته المرأة نهر عن الخانية وقوله وقيد بامرأتين لانه لا يكون مخالفا بالواحدة ولو صغيرة لا يجامع مثلها تبعه فيه الحموي في شرحه وأقره وفيه نظر اذ المرأة في المؤنث كالرجل في المذكر لا يطلق الا على من بلغ فكيف لا يكون مخالفا بالصغيرة التي لا يجامع مثلها مع ان المسئلة مفروضة فيما اذا أمره بنكاح امرأة ويمكن ان يقال عدم المخالفة بالصغيرة بالنسبة لما اذا كان مأمورا بنكاح واحدة بان لم يكن الآمر قد تعرض لذكر المرأة أصلا بل اقتصر على ذكر الواحدة (قوله لا بامة ولو مكاتبة) أو ام ولد بشرط ان لا تكون للوكيل للتهمة (قوله وعندهما لا يجوز) وعلى قولهما الفتوى نهر عن الطحاوي لان المطلق ينصرف الى المتعارف وللامام ان العرف مشترك لان الانسان يتزوج الكفء وغير الكفء طلبا لتخفيف المؤنة فلا يجوز تقييده والغاء اطلاقه وهو عرف عملي فلا يصلح مقيدا وذكر في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل أحد لا يعجز عن التزويج بمطلق امرأة فكانت الاستعانة في التزويج بالكفء ولو زوجه الوكيل ابنته الكبيرة لا يجوز عند أبي حنيفة خلافا لهما ولو زوجه باخته الكبيرة جاز بالاجماع لعدم التهمة ولو زوجه بنته الصغيرة أو بنت اخيه الصغيرة وهو وليها لم يجز زيلعي ولو زوجه امرأة قد أبانها قبل التوكيل لا يكون مخالفا الا ان يكون الموكل قد شكا اليه من سوء خلقها وكذا لو زوجه ممن آلى منها أو حلف بطلاقها ثلاثا ان تزوجها ويقع الطلاق وفيه خلافهما نهر (فروع) أجاز نكاح الفضولي بعد موته صح بخلاف اجازة بيعه تنوير يشترط للزوم عقد الوكيل موافقته في المهر المسمى وحكم رسول كوكيل درر وفي المنتقى أمره ان يزوجه امة فزوجه حرة لا يجوز ولو أمره ان يزوجه مكاتبة أو مدبرة أو ام ولد جاز عيني

في عقدة واحدة لا يلزم الآمر واحدة منهما (الا بامة) اى لا يخالف ويجوز بان أمر رجلا أن يزوجه امرأة فزوجه امة لغيره عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما لا يجوز وان زوجه امة نفسه لا يجوز اجماعا (باب المهر)

(باب المهر)

لما فرغ من بيان ركن النكاح وشرطه وما هو في معنى الشرط شرع في بيان حكمه وهو المهر فان مهر المثل يجب بالعقد فكان حكما له نهر عن العناية الا قوله وما هو في معنى الشرط قال السيد الحموي بعد عزوه لشرح ابن الحلبي قلت ولعله الكفاءة انتهى وتقدم ان شرط النكاح عام وخاص فالاول المحل القابل وهي امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي واهلية العاقد من العقل والبلوغ والحرية

والخاص هو الاشهاد وانما خص في العناية مهر المثل لان حكم الشئ هو اثره الثابت به والواجب بالعقد انما هو مهر المثل لانه هو الواجب الاصلي وأما المسمى فانما قام مقامه للتراضي به وهو اسم لما تستحقه المرأة بعقد النكاح أو الوطء بشبهة ويقال له الصداق والنحلة والاجر والفريضة والصدقة والحباء وجاء في السنة تسميته بالعليقة والعقر وقد سماه الله تعالى بالابتغاء وقد جمع بعضهم اسماءه الا الصدقة في قوله

صداق ومهر نحلة وفريضة * حباء وأجر ثم عقر علائق

وفتح صاد الصداق أفصح من كسرها عند ثعلب وعند الفراء والاخفش الكسر أفصح نهر (قوله صح النكاح بلا ذكره) لان النكاح عقد انضمام وازدواج فيتم بالزوجين ثم المهر واجب شرعا ابانة لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح وكذا اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا حموي عن ابن الكمال ومنه يعلم ان المصنف لو قال صح النكاح بلا تسميته وبنفيه كما في الدرر لكان أولى (قوله وقال مالك لا يصح) قول شاذ كما في الاكمل والظاهر من كلام الزيلعي والعيني انه لا خلاف للامام مالك في صحة النكاح بلا ذكر المهر كذا ذكره شيخنا ونص عبارة الزيلعي وقال مالك لا يصح النكاح مع نفي المهر اعتبارا بالبيع وقال بعض الشافعية ان تزوجها بلا مهر في الحال ولا في الثاني لا يصح النكاح لانها تصير كالموهوبة ولنا ان المقصود في النكاح التوالد والازدواج دون المال فلا يشترط فيه ذكره بخلاف البيع ولان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة فكذا بشرط ترك المهر اه (قوله عشرة دراهم) وزن سبعة مثاقيل كل درهم أربعة عشر قيراطا شرنبلالية ولا فرق بين الدين والعين حتى لو تزوجها على عشرة له على زيد صح وتأخذها من أيهما شاءت فلو اتبعت المديون أجبر الزوج على ان يوكلها بالقبض منه ولو على الالف التي له على فلان الى سنة فاتبعت الزوج أخذته بالمال الى سنة وكذا لو كانت مؤجلة باجل مجهول كالحصاد وهو الصحيح ولو كسدت الدراهم قبل القبض كان على الزوج قيمتها يوم الكساد لا قبله في المختار وغير الدراهم يقوم مقامها باعتبار القيمة وقت العقد في ظاهر الرواية حتى لو تزوجها على ثوب أو مكيل او موزون قيمته يوم العقد عشرة فصارت يوم القبض أقل ليس لها الرد وفي العكس لها ما نقص قال في المحيط ولو صارت أكثر وقد طلقها قبل الدخول بعد ما استهلكته ردت نصف قيمته يوم القبض لانه انما دخل في ضمانها بالقبض بحر ونهر وقوله وغير الدراهم يقوم مقامها باعتبار القيمة بشرط ان يكون ذو القيمة مالا لا منفعة لان المنفعة لا تصلح مطلقا وان صلحت في بعض الصور حموي عن البرجندي وقوله وان صلحت في بعض الصور كمنافع الاعيان فان تسميتها يصح كسكني داره او ركوب دابته حيث علمت المدة والمراد بالمنفعة التي لا تصلح هي ما لو تزوجها على خدمته اياها اذا كان حرا أو على تعليم القرآن وما أشبه ذلك وتقييده في المحيط بالاستهلاك للاحتراز عما لو كان باقيا لم تستهلكه فظاهر التقييد اعتبار قيمته يوم الطلاق لا يوم القبض لكن هل له ان يأخذه منها كرها ليعطيها نصف قيمته أو ليس له ذلك حتى لو اعطته نصف قيمته يجبر على القبول لم أره والذي يظهر هو الثاني لانها ملكته ولهذا ينفذ تصرفاتها فيه بعد الطلاق من عتق وغيره كما سيأتي ولا كلام انه ان كان يقبل القسمة من غير تعييب كالمكيل والموزون كان له بالطلاق قبل الدخول نصف عينه فان قلت سيأتي ما ظاهره يقتضي ان للزوج أخذه منها ليعطيها نصف قيمته وانه يقضى عليها اذا امتنعت حيث لا مانع من ذلك بان لم تتصرف فيه بعتق ونحوه الا ترى الى ما سيأتي في شرح قول المصنف وبالطلاق قبل الوطء يتنصف حيث ذكروا ان المهر اذا كان مسلما لها لا يبطل ملكها فيه بالطلاق قبل الدخول بل يتوقف على القضاء أو الرضا فهذا يقتضي أنه يقضى عليها بتسليمه للزوج وترجع عليه بنصف قيمته قلت ليس المراد من ان ملكها فيه يبطل بالقضاء أي في كله ليلزم ما ذكر بل في نصفه فقط كما أفصح عنه في البحر حيث قال وظاهر قوله يتنصف ان النصف يعود الى ملك الزوج وفيه تفصيل فان كان المهر غير مسلم عاد الى ملك الزوج نصفه بمجرد الطلاق وان كان مقبوضا لها فانه لا يبطل ملك المرأة في النصف الا بقضاء أو رضا الخ فهو بالقضاء على الزوجة في نصفه يكون مشتركا بينهما شركة

(صح النكاح بلا ذكره) وقال مالك لا يصح (واقله عشرة دراهم) مطلقا سواء كانت

ملك فتدبر واعلم انه لافرق فى مسئلة المحيط بين الهلاك والاستهلاك وتقييده بالاستهلاك ليعلم الحكم فى الهلاك بالاولى لانها اذا لم تؤاخذ بما زاد فى قيمته بعد القبض فى الاستهلاك ففى الهلاك بالاولى (قوله مضروبة الخ) حتى يجوز وزن عشرة تبرا وان كانت قيمته أقل بخلاف نصاب السرقة عينى حيث يشترط فيه ان تبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة (قوله أوغيرها) ولو دينارا أو عرضا قيمته عشرة دراهم يوم العقد أما فى ضمانها بطلاق قبل الوطء فيوم القبض درر وعزوه للنهر فى كلام بعضهم غير صحيح (قوله وقال الشافعى ما جاز ان يكون ثمنا الخ) لانه عقد معاوضة فيكون تقديره الى المتعاقدين كالبيع والاجارة واعتباره بالاجارة أشبه لكون المهر بدل المنفعة ولنا قوله عليه السلام لا مهر اقل من عشرة دراهم رواه الدارقطنى وفيه مبشر بن عبيد وحجاج بن ارطاة وهما ضعيفان عند المحدثين لكن البيهقى رواه من طرق وضعفها فى سننه الكبيرة والضعيف اذا روى من طرق يصير حسنا فيحتج به ذكره النواوى فى شرح المهذب زيلعى (قوله فان سماها أودونها فلها عشرة) يستثنى من ذلك ما اذا زوج امته من عبده باقل من عشرة دراهم حيث لاتجب بل لايجب شئ أصلا لانه لافائدة فى ايجابه وقيل تجب ثم تسقط حموى عن البرجندى (قوله بالوطء) وسيأتى ان الخلوة كالوطء فحاصله ان المهر يجب بالعقد ويتأكد باحدى ثلاث وينبغى ان يزاد رابع وهو وجوب العدة عليها منه كما لو طلقها بائنا بعد الدخول ثم تزوجها ثانيا فى العدة وجب كمال المهر الثانى بدون الخلوة والدخول لان وجوب العدة عليها فوق الخلوة وينبغى ان يزاد خامس وهو ما لو ازال بكارتها بحجر ونحوه فان لها كمال المهر بخلاف ما اذا ازالها بدفعه فانه يجب النصف لو طلقها قبل الدخول ولو دفعها أجنبى فزالت بكارتها وطلقت قبل الدخول وجب نصف المسمى على الزوج وعلى الاجنبى نصف صداق مثلها بحر ولو أبدل المصنف قوله بالوطء بقوله عند الوطء كما فى الدرر والتنوير لكان أولى لما علمت من ان وجوب المهر بالعقد والوطء ونحوه يؤكد لزوم تمامه وعن هذا ذكر فى الشرنبلالية ان الباء للمصاحبة لا للسببية انتهى والعجب من صاحب الدرر حيث عدل عن التعبير بالباء لهذه النكتة ثم جعل قوله عند الوطء متعلقا بالوجوب فقد وقع فيما منه فر واعلم ان قوله فى البحر وينبغى ان يزاد خامس الخ محمول على ما اذا حصل ذلك قبل الخلوة الصحيحة بقى ان يقال لم يذكر صاحب البحر ان التقييد بالطلاق قبل الدخول فيما لو دفعها أجنبى فزالت بكارتها هل هو قيد اتفاقى فلا يجب على ذلك الاجنبى الا نصف صداق المثل مطلقا طلقها الزوج قبل الدخول ام لا أو هو احترازى قلت ذكر فى النهر ان صداق المثل يجب على الاجنبى كاملا فيما اذا لم يطلقها الزوج قبل الدخول لكن على وجه البحث لا على انه منقول المذهب كما فى الدر خلافا لما يتوهم من كلام بعضهم (قوله أو الموت) لانه ينتهى به النكاح والشئ بانتهائه يتقرر بجميع مواجبه وحكم النكاح الفاسد فى هذا حكم الصحيح نهر وتبعه السيد الحموى فى مسودة شرحه بخطه وجرى عليه بعضهم وفيه نظر لما سيأتى فى المتن من هذا الباب من قوله وفى النكاح الفاسد انما يجب مهر المثل بالوطء (قوله وبالطلاق الخ) لا يصح ان تكون الباء للسببية لما قلنا ان وجوب المهر بالعقد فهى للمصاحبة شرنبلالية وذكر شيخنا ان ذلك لا يصلح مانعا من جعلها للسببية ولو اختلفا فى الدخول وعدمه فالقول لها نهر عن القنية (قوله تتنصف) معنى تنصفها استحقاق الزوج النصف منها الا انه يعود الى ملكه كما فهمه فى البحر فلا يرد ان هذا اذا لم يكن مقبوضا فان كان لم يبطل ملكها منه الا بالقضاء أو الرضا ولهذا نفذ تصرفها فيه بعد الطلاق من عتق أو بيع أو هبة وكان عليها نصف قيمته للزوج يوم القبض نهر ولا يخفى ان المراد من قوله فان كان لم يبطل ملكها منه الا بالقضاء الخ أى لم يبطل ملكها منه فى نصفه الا بالقضاء كما سبق وحيث كان معنى التنصيف استحقاق النصف أعم من ان يكون النصف المستحق بالطلاق قبل الدخول نصف عينه أو قيمته يستغنى عما ذكر فى البحر من تقييده بان لا يكون مقبوضا لها ويبقى كلامه على اطلاقه (قوله تتنصف العشرة) وهو أولى من جعله فى البحر الضمير فى تتنصف عائدا الى المسمى بناء على ان الفعل بالياء لانه لو سمى ما دونها لا يتنصف المسمى فقط لما فى المبسوط وغيره تزوجها على ثوب

قوله مبشر كذا فى النسخ والذى رأيته
فى نسخة صحيحة من الزيلعى مبسر
بالسين المهملة فليحرر اه بحراوى

مضروبة وغير مضروبة وقال الشافعى
ما جاز ان يكون ثمنا فى البيع جاز
ان يكون مهرا (فان سماها) اى العشرة
(أو دونها) كثمانية دراهم مثلا (فلها عشرة)
دراهم (بالوطء أو الموت) مطلقا سواء كان
موت الزوج أو الزوجة (وبالطلاق قبل
الوطء) والخلوة (تتنصف) العشرة
فيجب خمسة دراهم عند الثلاثة مطلقا

قيمته خمسة وطلقها قبل الدخول كان لها نصف الثوب ودرهمان ونصف وما فى الخلاصة لو تزوجها على أقل من العشرة أو ثوب قيمته اقل من عشرة كان لها نصف المسمى عند الطلاق قبل الدخول محمول على هذا نهر (قوله سواء سماها اى العشرة أو دونها) وكذلك يتنصف كل ما سمى مهرا فوق العشرة ولم يذكر ما اذا سمى أكثر لان حكمه يعرف بمعرفة العشرة حموى عن الزيلعى (قوله وعند زفر تجب المتعة) اذا سمى أقل منها لان المسمى لا يصلح مهرا فصار كعدمه قلنا فساد هذه التسمية لحق الشرع ولان العشرة لا تتجزأ حقا للشرع وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله زيلعى (قوله وان لم يسمه) أو سمى مجهولا لم يذكر معه معلوما كدراهم أما لو تزوجها على دينار وشئ كان لها الدينار فقط وعم كلامه ما لو تزوجها على الف على ان ترد عليه ألفا أو على ان تبرئه منها فقبلت وما لو سمى ما لا يصلح مهرا كتأخير الدين عنها والتأخير بالمال أو على ما وجب له عليها من القصاص ويكون عفوا نهر (قوله فلها مهر مثلها ان وطئ) ولو حكما حتى يجب بالخلوة (قوله سواء كان الموت قبل الدخول أو بعده) لما سبق من ان النكاح بالموت ينتهى واعلم انهما اذا ماتا جميعا فعند أبى حنيفة لا يقضى بشئ وعندهما يقضى بمهر المثل قال السرخسى فى المبسوط انما لا يقضى بمهر المثل عند أبى حنيفة بعد موتهما اذا تقادم العهد بحيث يتعذر على القاضى الوقوف على مهر مثلها أما اذا لم يتقادم العهد فيقضى بمهر المثل عنده أيضا حموى عن البرجندى (قوله وقال الشافعى لا يجب شئ) لان المهر خالص حقها فتمكن من نفيه ابتداء كما تمكن من اسقاطه انتهاء ولنا حديث علقمة ان ابن مسعود سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض ولم يمس حتى مات فقال أقول فيها برأى فان كان صوابا فمن الله وان كان خطأ فمنى ومن الشيطان أرى لها مهر امرأة من نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن سنان الاشجعى فقال اشهد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى بروع بنت واشق كما قضيت وقولهم ان المهر خالص حقها الخ ممنوع بل فيه حق الله الى العشرة وحق الاولياء الى مهر المثل وليس لها ان تمنع الوجوب لتضمنه ابطال حق الغير ولها ان تبرئه بعد الوجوب لانه خالص حقها فى حالة البقاء زيلعى أى لان مهر المثل حق المرأة فى حالة البقاء شيخنا عن الوانى وبروع بكسر الباء الموحدة وسكون الراء وفتح الواو بعدها عين مهملة هو المشهور وقيل بفتح الباء وصوب وفى المغرب بفتح الباء والكسر خطأ وفى الصحاح أصحاب الحديث يقولونه بكسر الباء والصواب الفتح شيخنا (قوله والمتعة ان طلقها) قبل الوطء أو فارقها بايلاء أو لعان أو جب أو عنة أو ردة أو اباء منه أو تقبيل ابنتها أو امها بشهوة بخلاف ما لو فارقته بخيار بلوغ أو عتق أو عدم كفاءة أو ارضاع أو تقبيل ابنه بشهوة حيث تسقط المتعة وكذا لو اشترى منكوحته من مولاها لمشاركة المولى الزوج فى سبب السقوط نهر وصورتها تزوج امة غيره بلا تسمية أو نفاه ثم اشتراها قبل الوطء أو الخلوة لا متعة لها لان المولى بالبيع ساعده فى سبب السقوط وكذا لا متعة لها لو فسخ الصغير النكاح بخيار البلوغ بعد بلوغه وقد زوجه فى صغره غير الاب والجد لانه بمنزلة نكاح الفضولى قال فى الاختيار وليس لنا فرقة جاءت من قبل الزوج ولا مهر عليه الا هذه شيخنا عن الحلبى (قوله قبل الوطء) أراد به ما يعم الحكمى بان لم يخل بها بلا مانع (قوله والمسئلة بحالها) يعنى به ما سبق من قوله وان لم يسمه او نفاه وكذا لو لم يسم لها مهرا ثم تراضيا على مهر فان لها المتعة عندهما خلافا لابى يوسف حموى عن البرجندى (قوله بالنص) أى لا بالقياس لان الاقيسة متعارضة ففيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره ومقتضاه وجوب جميع المهر لا سيما اذا كان بعد عرض نفسها عليه كالمشترى اذا أتلف المبيع فى يد البائع وفيه أيضا عود المعقود عليه وهو البضع اليها سالما ومقتضاه ان لا يجب لها عليه شئ لا سيما اذا كان بسؤالها كالتقايل فى البيع فتعارضا فرجعنا للنص وهو قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة الآية وفى هذا المقام كلام يعلم بمراجعة الزيلعى (قوله فى المفروض عند العقد) اى التنصيف ثبت بالنص فى المفروض عند العقد لمعنى على خلاف القياس وما ثبت على خلاف القياس لا يقاس عليه كما فى الكافى ثم قال ولان المسمى

سواء سماها اى العشرة أو دونها وعند زفر
تجب المتعة اذا سمى أقل منها وأما اذا
سمى العشرة فتجب خمسة عنده أيضا
(وان لم يسمه أو نفاه) بأن تزوج على
ان لا مهر لها (فلها مهر مثلها ان وطئ
أو مات عنها) أو ماتت عنه مطلقا سواء
كان الموت قبل الدخول أو بعده وقال
الشافعى لا يجب شئ فى الموت قبل
الدخول وان دخل بها يجب المهر عند
أكثر أصحابه وقال مالك اذا نفاه لا يصح
(و) لها (المتعة ان طلقها قبل الوطء)
والمسئلة بحالها فان قيل ينبغى ان
يتنصف مهر المثل كالمسمى قلنا التنصيف
ثبت بالنص فى المفروض عند العقد

معلوم يمكن تنصيفه ومهر المثل مجهول لا يمكن تنصيفه انتهى وفيه نظر لانه ان كان مجهولا فكيف يحكم به
وان كان معلوما فيمكن تنصيفه كما يحكم بكله على الزوج حموى فالاولى الاقتصار فى الجواب على التوجيه
الاول (قوله وهذا ليس بمفروض عنده) يعنى فلا يتنصف وهذا بالنسبة لمذهب الامام ومحمد فلا ينافى
ما سيأتى فى كلام الشارح من ان المفروض بعد العقد يتنصف عند أبى يوسف وحينئذ فلا اشكال كما
توهمه الحموى ثم اعلم ان خلاف أبى يوسف فى المفروض بعد العقد قبل الطلاق وأما اذا وقع الطلاق
قبل الفرض فلا خلاف لابى يوسف فى عدم التنصيف كما يستفاد من كلامهم ويشير الى ذلك قول الشارح
فيما سيجئ وعند أبى يوسف نصف هذا المفروض (قوله من كسوة مثلها) فيه اشارة الى انه يعتبر حالها وهو
المفتى به وقوله على قدر الخ يشير الى اعتبار حاله وكأنه جمعهما اشارة الى اعتبار حالهما قال الزيلعى وهو
الاشبه بالفقه لكن يعكر عليه قوله والصحيح انه يعتبر حاله حموى قلت فتحصل من هذا ان فى المسئلة
ثلاثة أقوال كل منها مرجح واعلم ان كلام الشيخ أكمل الدين يقتضى اعتبار حالها حيث قال والمتعة ثلاثة
أثواب من كسوة مثلها درع وملحفة وخمار فان كانت من السفلة فمن الكرباس أو وسطا فمن القزوان كانت
مرتفعة الحال فمن الابريسم وهذا التقدير أى تقدير العدد يروى عن عائشة وابن عباس وذلك لان
المرأة تصلى فى ثلاثة أثواب وتخرج فيها عادة فتكون متعتها ذلك أهـ (قوله وهى درع) فى الصحاح درع
المرأة قميصها وهو مذكر حموى (قوله وخمار) الخمار ما تغطى به رأسها والملحفة الملاءة وهى ما تلتحف به
المرأة شرنبلالية وفى النهر الملحفة بكسر الميم ما تلتحف به المرأة من قرنها الى قدمها انتهى (قوله أى
الجلباب) الجلباب ثوب أوسع من الخمار ودون الرداء حموى عن المغرب (قوله فيزاد على هذا ازار) كذا
فى الدراية ولا يخفى اغناء الملحفة عن الازار اذهى بهذا التفسير ازار الان يتعارف تغايرهما كما فى مكة
المشرفة نهر (قوله ومكعب) المكعب وزان مقود المداس لا يبلغ الكعبين وهو غير عربى حموى عن المصباح
(قوله والصحيح انه يعتبر حاله) عملا بالنص وهو قوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ثم
المتعة لا تزاد على نصف مهر مثلها لو الزوج غنيا ولا تنقص عن خمسة دراهم لو فقيرا ولو أعطاها قيمتها تجبر
على القبول نهر عن البدائع (قوله وقال مالك هى مستحبة) صريح فى صحة العقد عند الامام مالك حال ترك
التسمية فهو تأييد لما قدمناه عن الاكمل من ان عزو عدم الصحة للامام مالك قول شاذ وحينئذ
فاستشكال السيد الحموى بقوله كيف هذا مع ان الشارح قدم ان النكاح لا يصح عنده ساقط على انه
قد سبق لنا عن الزيلعى ما يستفاد منه التوفيق بان يقال ما ذكره سابقا من عدم صحة النكاح عنده يحمل
على ما اذا شرط فيه نفى المهر وما ذكره هنا مما يقتضى الصحة يحمل على ما اذا وقع العقد بدون تسمية (قوله
وما فرض بعد العقد) يعنى الخالى عن المهر أو زيد لا يتنصف أما الاول فلان هذا الفرض تعيين للواجب
بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته لا فرق فى ذلك الفرض بين ان يكون بتراضيهما
أو بفرض القاضى لان لها ان تطالبه عند القاضى بان يفرض لها مهرا اذا لم يكن فرض عند العقد وأما
الثانى فانما لا يتنصف لاختصاص التنصيف بالمفروض فى العقد للنص المقيد بالعادة نهر (قوله ثم تراضيا
على تسمية) او فرضها القاضى كما سبق (قوله وعند ابى يوسف والشافعى نصف هذا المفروض) أى ثم رجع
ابو يوسف عنه كما فى الزيلعى ونصه وكان ابو يوسف اولا يقول يتنصف المفروض بعد العقد لانه مفروض
فيتنصف بالنص وهو قوله تعالى فنصف ما فرضتم ولنا ما سبق من ان هذا المفروض تعيين للواجب
بالعقد وهو مهر المثل وهو لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته والمراد بما يلى الفرض الموجود عند العقد وهو
المتعارف بين الناس (قوله لزمته الزيادة) سواء كانت من جنس المهر اولا من زوج او ولى بشرطان
تكون معلومة القدر وان تقبل فى المجلس على الاصح كما فى الظهيرية او وليها لو صغيرة وفى اشتراط بقاء
المهر فى ذمته وبقائها فى عصمته خلاف واستظهر فى النهر عدم جوازها بعد الموت والبينونة ومن ثم جزم
فى المعراج وغيره باشتراط بقاء الزوجية ولو جدد النكاح بزيادة ألف قيل على قول الامام والثانى لا يلزمه

وهـذا ليس بمفروض عنده والمتعة
ثلاثة أثواب من كسوة مثلها على
قدر فقر الرجل ويساره (وهى درع)
اى قميص (وخمار) اى مقنعة (وملحفة)
اى الجلباب قالوا هـذا فى ديارهم
واما فى ديارنا فينبغى ان يجب اكثر
من ذلك فيزاد على هذا ازار ومكعب
وكان الكرخى يقول المعتبر فى المتعة
الواجبة حال الرجل وفى المتعة
المستحبة حالها والصحيح انه يعتبر حاله ثم هذه
المتعة واجبة وقال مالك هى مستحبة (وما
فرض بعد العقد او زيد لا يتنصف) اى
ان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا
على تسمية فهى لها ان دخل بها او مات
عنها او مات عنه وان طلقها قبل
الدخول بها فلها المتعة وعند ابى يوسف
والشافعى نصف هذا المفروض قوله
او زيد اى ان زيد فى المهر بعد العقد
لزمته الزيادة خلافا لزفر ويسقط بالطلاق
قبل الدخول وعلى قول ابى يوسف
يتنصف

الالف الثانية وعلى قول محمد يلزمه وقيل الخلاف على العكس واستظهر فى الكافى لزوم الالفين على
قول الامام وعند الثانى مهرها الاول وفى الولوالجية زوجت نفسى منك بالف فقبل بالفين ان قبلته
قبل التفريق لزماه وعليه الفتوى انتهى (فرع) تواضعا سرا ان يكون المهر الفا وعقدا على الفين جهرا
فالزيادة غير لازمة اتفاقا كما فى شرح المجمع من كتاب الاقرار لكن فى دعوى الاتفاق نظر لان الخلاف
ثابت ولهذا قال فى الدر قبيل نكاح الرقيق المهر مهر السر وقيل العلانية ثم رأيت الحموى نقل عن المبتغى
ان تصادقا على المواضعة فالمهر ما فى السر وان لم يتصادقا يؤخذ بالعلانية عند أبى حنيفة ومحمد وفى دعوى
الزوج المواضعة القول قولها ان أنكرتها الا ان يقيم الزوج البينة على دعواه اهـ (قوله وان حطت من
مهرها صح حطها ولزمه الباقى) قال شيخنا لو ابقى المتن على اطلاقه لكان أولى لما انها تملك حط الكل
أيضا ولا يتوقف على القبول بخلاف الزيادة على المهر كما فى البحر وهل يرتد الحط بالرد قال فى انفع الوسائل
لم أره والظاهر انه يرتد قال فى البحر وقد ظفرت به فى مداينات القنية وظاهر كلامهم انه صحيح ولو بعد
الموت أو البينونة وهو مقيد بما اذا كان دينا حتى لو كان عينا لا يصح ولها اخذه ما دام باقيا فلو هلك فى يده
سقط وقيد بحطها لان حط أبيها يتوقف على اجازتها ولو صغيرة بطل نهر (تتمة) قالت لزوجها وهبت
مهرى منك على ان كل امرأة تتزوجها تجعل أمرها بيدى صحت الهبة من غير قبول فى المختار وان قبل
ان جعل أمرها بيدها فالهبة ماضية وان لم يجعل فكذلك عند البعض والمختار ان المهر يعود على هذا
لو قالت وهبت مهرى منك على ان لا تظلمنى قال فى البحر وهو مشكل لان تعليق الابراء بالشرط باطل
انتهى وأجيب بان هذا من باب تعليق الهبة بشرط ملائم لا من باب تعليق الابراء بالشرط كما هو ظاهر قال
فى البزازية وتعليق الهبة بكلمة ان باطل وبعلى ان ملائما كهبته على ان يعوضه يجوز وان مخالفا بطل
الشرط وصحت الهبة اهـ (قوله سواء كان لرجل أو امرأة) الاصح ان مرضها لا يمنع الا اذا لحقها به ضرر وأما
مرضه فمانع مطلقا لانه لا يعرى عن تكسر وفتور عادة وهو الصحيح ومنه ان يكون بفرجها شعر او قرن
او ان يكون صغيرا لا يجامع مثله أو صغيرة كذلك وقالوا ان كلبها مانع لا كلبه الا أن يكون عقورا وقيل
كلبه غير مانع وان كان عقورا لانه لا يعتدى عليه ولا على من يمنعه عنه ولو دخلت عليه فلم يعرفها ثم
خرجت أو دخل هو عليها ولم يعرفها لا تصح الخلوة وقول العينى ولم تعرفه صوابه ولم يعرفها كما فى الزيلعى
ويؤيده ما فى النهر ومن الموانع ان لا يعرفها حين اجتماعهما ويصدق فى انه لم يعرفها بخلاف ما اذا
لم تعرفه انتهى لكن جعل الحموى عدم معرفتها انه زوجها مانعا من صحة الخلوة كعكسه وعزاه الى
الملتقطات وعليه فلا تصويب واعلم ان الرتق بفتحتين هو التلاحم والقرن بالسكون عظم والعفل بفتحتين
غدة كما فى الدر وقيل العفل شئ مدور يخرج من الفرج (قوله وحيض ونفاس) لكنه انما يكون
كذلك عند درور الدم لا عند عدمه مع انه شرعى فيهما أيضا والظاهر أنه لا يوجد طبعى الا وهو شرعى
فلو اكتفوا بالشرعى عنه لكان أولى نهر وقول البرجندى لعل المراد بهما الحقيقى منهما وهو ما يرى فيه
الدم لا الطهر المتخلل فانه مانع شرعى لا طبعى انتهى فيه تأمل حموى (قوله وصوم فرض) اعلم انه
لا خلاف فى ان اداء رمضان مانع واختلف فيما عداه من التطوع والمنذور والكفارات والقضاء والاصح
انه غير مانع لعدم وجوب الكفارة بالافساد وهذا يقتضى انه لو اكل ناسيا ثم خلا بها ان تصح وعلى هذا
كل ما اسقط الكفارة نهر فلو قيد بالاداء لكان أولى (قوله كالوطء) وعليه اجماع الصحابة نهر واعلم ان
من فروع لزوم المهر بالخلوة لو زنى بامرأة فتزوجها وهو على بطنها فعليه مهران أحدهما بالزنا لانه سقط
الحد بحر واعلم ان الخلوة الصحيحة كالوطء فى تأكد المهر وثبوت النسب والعدة والنفقة والسكنى فى هذه
العدة وحرمة نكاح اختها واربع سواها وحرمة نكاح الامة ومراعاة وقت الطلاق فاذا قال بعد الخلوة
أنت طالق ثلاثا للسنة وقع عند كل طهر طلقة ولو كانت آيسة أو صغيرة وقعت الساعة واحدة وبعد شهر
اخرى وبعد شهر اخرى وليست كالوطء فى حق الاحصان وحرمة البنات فاذا خلا بها فطلقها قبل الوطء

(و) ان حطت من مهرها (صح حطها)
ولزمه الباقى (والخلوة) الصحيحة (بلا
مرض) احدهما مطلقا سواء كان لرجل
أو امرأة (وحيض ونفاس واحرام)
مطلقا سواء كان المحرم رجلا او امرأة
وسواء كان الاحرام بحج فرض أو نفل
أو بعمرة (و) بلا (صوم فرض)
مطلقا سواء كان رجلا او امرأة وان كان
صائما تطوعا قيل لا تصح الخلوة كالفرض
وقيل لها كل المهر وصوم القضاء
والمنذور كالتطوع فى رواية والصلاة
كالصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله
(كالوطء ولو) كان الزوج (مجبوبا) اى

مقطوعا (أو عنينا أو خصيا) فيكون تمام المهر واجبا وقال الشافعي لها نصف المهر والخلوة ليست كالوطء وقالا اذا كان مجبوبا عليه نصف المهر وان كان معهما ثالث لا تصح الخلوة ولو كان اعمى او نائما او امته الا ان يكون صغيرا لا يعقل والمكان الذي تصح الخلوة فيه ان يأمنا فيه اطلاع غيرهما عليهما الا باذنهما كالبيت والدار بخلاف المسجد والحمام

لا تحرم عليه بنتها وهو الراجح نهر بشرط تجرد الخلوة عن المس بشهوة أو تقبيل كما في عقد الفرائد ثم اعلم أن وجوب المهر المسمى بالموت أو بالخلوة الصحيحة انما هو في النكاح الصحيح اما الفاسد فلا يجب شئ الا بالوطء حموي عن البرجندي وقد نظم صاحب النهر ما تكون الخلوة فيه قائمة مقام الوطء وما لا تكون فقال

وخلوة الزوج مثل الوطء في صور * وغيرها وبهذا العقد تحصيل
تكميل مهر واعداد كذا نسب * انفاق سكنى ومنع الاخت مقبول
واربع وكذا قالوا الاما ولقد * راعوا زمان فراق فيه ترحيل
وأوقعوا فيه تطليقا اذا لحقا * وقيل لا والصواب الاول القيل
أما المغاير فالاحصان بأملي * ورجعة وكذا التوريث معقول
سقوط وطء واحلال لها وكذا * تحريم بنت نكاح البكر مبذول
كذلك الفيء والتكفير ما فسدت * عبادة وكذا بالغسل تكميل

وقوله سقوط وطء أي سقوط الوطء الواجب عليه مرة في العمر لا تكون الخلوة قائمة مقامه حموي وقوله نكاح البكر الخ أي اذا ابانها بعد الخلوة تزوج كالبكر فيكتفى منها في الاستئذان بالسكوت وأشار بقوله وكذا قالوا الاما الى حرمة نكاح الامة على الحرة في العدة من طلاق بائن كذا ذكره نوح أفندي وهذا بالنسبة لمذهب الامام وأما عندهما فيجوز ادخال الامة على الحرة المعتدة من طلاق بائن بخلاف المنع من الاخت أو الاربع فان العدة تمنع مطلقا من غير خلاف سواء كانت عن طلاق رجعي أو بائن وقدمنا وجه الفرق للصاحبين في فصل المحرمات واعلم أن الرجعة من الاحكام التي لم تقم الخلوة فيها مقام الوطء فلا يصير مراجعا بالخلوة واذا اختلى بها ثم طلقها لم يملك الرجعة عليها كما في البحر (قوله أو عنينا) لان الحكم ادير على سلامة الاله وقد وجدت وقد يكون ذلك لمرض أو ضعف في خلقته أو كبر في سنه نهر وقوله لان الحكم ادير الخ استشكله الحموي بقوله هذا التعليل يقتضي عدم وجوب كمال المهر على المجبوب انتهى (قوله أو خصيا) أو خنثى ان ظهر حاله والا فنكاحه موقوف وما في البحر والاشباه ليس على ظاهره در عن النهر (قوله وقال الشافعي لها نصف المهر) لان المعقود عليه انما يصير مستوفى بالوطء فلا يتأكد المهر دونه ولنا قوله عليه السلام من كشف خمار امرأة ونظر اليها وجب الصداق دخل أو لم يدخل ولانها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فيتأكد حقها في البدل اعتبارا بالبيع زيلعي (قوله وقالا اذا كان مجبوبا عليه نصف المهر) لانه أعجز من المريض بخلاف العنين لان الحكم يدار على سلامة الآلة كالخصي ولابي حنيفة ان المستحق عليها التسليم في حق المستحق وقد أتت به ولو جاءت بولد ثبت نسبه واستحقت كمال المهر بالاتفاق قيل هذا اذا علم انه ينزل وان علم أنه لا ينزل لا يثبت النسب منه زيلعي والاول أحسن اذ علم القاضي بانه ينزل ربما يتعذر او يتعسر نهر عن الفتح (قوله وان كان معهما ثالث) ولو ضرتها بناء على كراهة وطئها بحضرتها وفي الجواري لا يكره زيلعي (قوله ولو كان أعمى أو نائما) في البزازية في المجنون والمغمى عليه ان في الليل صحت وكذا الاعمى على الاصح نهر فاذا صحت الخلوة في الليل مع وجود الاعمى فلان تصح مع وجود النائم بالاولى وقد ظهر لي ان ما ذكره الشارح من كون الاعمى والنائم يمنع يحمل على ما اذا كانت بكرا اذ لا يستوفى منها المقصود الا بعلاج يشعر به الاعمى بل يستيقظ منه النائم فلا ينافي ما في النهر عن البزازية لحمله على الثيب (قوله أو امته) خلاف المفتى به قال في النهر ولا تمنع جارية أحدهما في المختار كما في الخلاصة قال في المنتقى وعليه الفتوى (قوله الا ان يكون صغيرا لا يعقل) أو مجنونا أو مغمى عليه والمراد بالصغير الذي لا يعقل ان لا يمكنه التعبير عما يكون بينهما نهر (قوله كالبيت والدار) مطلقا ولو بدون غلق الباب اذا كان بحيث لا يدخل عليهما أحد الا بالاذن زيلعي ولا يشترط لصحة الخلوة كونه

(وتجب) عليها (العدة فيها) أي في جميع هذه المسائل عند صحة الخلوة وفسادها بالموانع المذكورة احتياطا (وتستحب المتعة لكل مطلقة) يريد به المطلقة بعد الدخول مطلقا سواء كان في نكاح فيه تسمية اولا والمطلقة قبل الدخول في نكاح فيه تسمية وقال الشافعي تجب المتعة في الصورة الاخيرة (الا للمفوضة قبل الوطء) أي التي طلقها قبل الدخول في نكاح لم يسم فيه مهر

مسقفا ولو لم تمكنه في الخلوة من الوطء ففيه اختلاف المتأخرين وقياس وجوب النفقة ان تصح الخلوة واختار الطرسوسي تفقها انها ان كانت بكرا صحت الخلوة لانها لا توطأ الا كرها وان كانت ثيبا لم يصح لعدم تسليم البضع اختيارا فكانت راضية باسقاط حقها بخلاف البكر فانها تحقق بحر ومنح ودر ولو افترقا فقالت بعد الدخول وقال الزوج قبل الدخول فالقول لها لانكار سقوط نصف المهر ولو قال ان خلوت بك فانت طالق فخلا بها طلقت بائنا لوجود الشرط ووجب نصف المهر ولا عدة عليها تنوير وشرحه عن البزازية (قوله بخلاف المسجد والحمام) والطريق والصحراء والسطح نهر ودر ويخالفه ما في العيني حيث صحح الخلوة في السطح قال شيخنا ويمكن الجمع بحمل كلام العيني على ما اذا كان له حيطان وحمل ما في النهر والدر على ما اذا لم يكن انتهى ثم رأيت في البحر التصريح بطبق ما فهمه شيخنا حيث قيد عدم صحة الخلوة في السطح بما اذا لم يكن له ساتر (قوله وتجب عليها العدة فيها) سواء كانت الخلوة صحيحة أم لم تكن استحسانا لتوهم الشغل ولان العدة حق الشرع والولد فلا يصدقان في ابطال حق الغير بخلاف المهر حيث لا يجب الا اذا صحت الخلوة لانه مال فلا يحتاط في ايجابه وذكر القدوري في شرحه لمختصر الكرخي كما في العناية ان المانع ان كان شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب العدة لانعدام التمكن حقيقة واختاره التمرتاشي وقاضيخان وأيده في النهر بكلام العتابي (قوله عند صحة الخلوة وفسادها بالموانع الخ) يعني في النكاح الصحيح حموي عن الفتح فلو كان النكاح فاسدا لا تجب العدة الا بالوطء (قوله والمطلقة قبل الدخول في نكاح فيه تسمية) اعلم ان الزيلعي نقل عن المبسوط والحصر استحباب المتعة للمطلقة قبل الدخول اذا سمى لها مهرا ثم نقل عن بعض مشكلات القدوري ان المتعة لها ليست بواجبة ولا سنة ولا مستحبة قال لان نصف المهر قام في حقها مقام المتعة انتهى وليس المراد من نفي المستحب ان لا ثواب في فعله بل يثاب اتفاقا لانه احسان وبر لها وانما محل الاختلاف ان هذا المستحب حكم من أحكام الطلاق اولا بحر (قوله وقال الشافعي الخ) ظاهر كلام الشارح ان الشافعي يقول بوجوب المتعة للمطلقة قبل الدخول في نكاح فيه تسمية اذ هذه هي الصورة الاخيرة في كلام الشارح وهو مخالف لكلام الزيلعي حيث قال وقال الشافعي في الجديد تجب المتعة للمدخول بها الا ان ما سلم لها من جميع المهر في مقابلة البضع لا في مقابلة العقد ولانه أوحشها بالطلاق فتجب دفعا للوحشة غير ان التي لم يدخل بها وقد سمى لها مهرا وجب لها نصف المهر بطريق المتعة فلا تجب لها ثانيا ولنا ان المتعة خلف عن المهر فلا تجامعه ولا شيئا منه وقوله لان ما سلم لها في مقابلة البضع لا في مقابلة العقد ممنوع بل نقول وجب كل المهر بالعقد ولهذا كان لها ان تطالبه بالجميع قبل الدخول بها وانما الدخول يتقرر به ما وجب بالعقد وهو غير جان في الايحاش لمشروعية الطلاق انتهى وقوله وهو غير جان جواب عن قوله أوحشها بالفراق وتقديره سلمنا انه أوحشها بالفراق لكنه لم يكن في الايحاش جانيا لانه فعل ما فعل باذن الشرع فلا تلحقه الغرامة بوجوب المتعة عناية (قوله في الصورة الاخيرة) يمكن ان يكون هذا بالنسبة لمذهب الشافعي في القديم فلا ينافي ما سبق عن الزيلعي (قوله الا للمفوضة قبل الوطء) اعلم ان المطلقات أربعة مطلقة لم توطأ ولم يسم لها مهرا فتجب لها المتعة ومطلقة لم توطأ وقد سمى لها مهرا وهي التي اختلف في استحباب المتعة لها ومطلقة وطئت ولم يسم لها مهرا ومطلقة وطئت وقد سمى لها مهرا فهاتان يستحب لهما المتعة فالحاصل انه اذا وطئها يستحب لها المتعة سواء سمى لها مهرا أو لا لانه أوحشها بالطلاق بعد ما سلمت اليه المعقود عليه وهو البضع فيستحب ان يعطيها شيئا زائدا على الواجب وقد نظم بعض علماء اليمن المواضع التي تجب فيها المتعة أو تستحب اولا في قوله

طوالق النساء صرن أربعا * واحدة يلزم ان تمتعا
من كان قبل وطئها التطليق * ولم يكن في مهرها تحقيق
ولا ثنتين تستحب من ذكر * صداقها أولا اذا الوطء قدر

رابعة امتاعها لايجب * ولاله أبو الحسين يندب
وهى التى معين صداقها * وكان قبل وطئها طلاقها

جوى واشار الناظم بقوله ولاله أبو الحسين الخ الى الخلاف بين القدورى وغيره فى استحباب المتعة فى الرابعة فالقدورى يقول بأنها لاتجب ولا تستحب وغيره يقول بالاستحباب كما قدمناه واعلم ان وجه وجوب المتعة للتى لم يسم لها شئ اذا طلقت قبل الوطء هو أنها لاتأخذ شيئا وابتغاء البضع لا ينفك عن المال درر واعلم ان ماذكره المصنف من الاستثناء لايخلو عن خلل لانه يفهم منه ان المتعة تستحب لكل مطلقة الا للمفوضة فانها لا تستحب لها وليس كذلك فيكون استثناء الواجب من المستحب فلا يصح لان اسم المستحب لا يطلق على الواجب فى اصطلاحهم وان كان مستحبا وزيادة عينى وأجاب فى النهر بان الاستثناء منقطع لان الواجب خلاف جنس المستحب فى الاصطلاح فلا خلل (قوله فانه واجب) كان الظاهر التأنيث فان مرجع الضمير المتعة بقى ان الوجوب ليس مخصوصا بهذه الصورة فان المتعة تجب فى التسمية الفاسدة عند عدم الدخول كما فى الغاية وهذا اذا جاءت الفرقة من قبله اما اذا جاءت من قبلها فلا تجب ولا تستحب جوى عن الفتح (قوله والمفوضة بالكسر) ذكر ابن الهمام ان السماع وقع به ولهذا قدمه الشارح قلت ونظر فى المغرب فى الفتح ولعله من حيث عدم السماع جوى وذكر شيخنا ان وجه التنظير عزو الفتح الى البعض كما فى عبارة العينى لان الكسر والفتح فى الحرة على حد سواء فلا معنى لتخصيص البعض بالفتح (قوله وقال الشافعى يبطل العقدان) لحديث نافع عن ابن عمر انه عليه السلام نهى عن الشغار وليس بينهما صداق وعن عبدالله بن عمر لا شغار فى الاسلام ولانه جعل نصف البضع مهرا والنصف منكوحا ولا اشتراك فى هذا الباب فيبطل به الايجاب ولنا ان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة الاترى انه لا يفسد بتسمية ماليس بمال كالدم ونحوه ولا بترك التسمية بالكلية والنهى الوارد فيه انما كان من اجل اخلائه عن تسمية المهر من غير ان يجب فيه شئ آخر على ما كانت عليه عادتهم فى الجاهلية او هو محمول على الكراهة وأما قوله جعل نصف البضع مهرا والنصف منكوحا فلا وجه له اذ لم يجتمع النكاح والصداق فى بضع واحد لعدم صلاحية البضع صداقا فلا يتصور الاشتراك مع عدم الاستحقاق بخلاف ما اذا زوجت نفسها من رجلين حيث يبطل العقد فيه لصلاحية الاشتراك لانها تصلح منكوحة لكل واحد منهما زيلعى (قوله وأجمعوا الخ) ولهذا اعترضوا على صاحب الدرر لعدم ذكره هذا الشرط (قوله جاز النكاح ولا يكون شغارا) وان كان الحكم وجوب مهر المثل وكذا لو قال احدهما على ان يكون بضع بنتى صداقا لبنتك ولم يقبل الآخر بل زوجه بنته ولم يجعلها صداقا فليس بشغار وان وجب مهر المثل لصحة العقد بحر (قوله وخدمة زوج حر للامهار) أى لجعله اياها مهرا وهى لا تصلح مهرا فصح العقد ووجب مهر المثل عندهما قيد بالخدمة لانه لو تزوجها على سكنى داره او ركوب دابته او الحمل عليها او على ان تزرع ارضه ولم يشترط لنفسه شيئا من الخارج ونحو ذلك من منافع الاعيان مدة معلومة صحت التسمية لان هذه المنافع مال او الحقت به لمكان الحاجة نهر عن البدائع قال ولا بد فى زراعة ارضه ان لا يكون له شئ من الخارج اما لو تزوجها على ان تزرع ارضه بالنصف ببذرها صح وفسدت فيجعل مهرها نصف اجر مثل الارض ورجعه ان طلقها قبل الدخول وان كان هو العامل ببذرها فى ارضها يجعل مهرها نصف اجر مثل عمله لا مهر المثل وعلى ان تزرع هى ببذره او هو ارضها ببذرها وجب مهر المثل انتهى عن المجمع وقوله وعلى ان تزرع هى ببذره مخالف لما فى الشرنبلالية عن البحر حيث قال والمراد بالزراعة ان تزرع ارضه ببذرها وليس له شئ من الخارج وقيل يكون الزوج خادما لانه لو تزوجها على خدمة عبده او أمته او على خدمة حر آخر صح الا اذا استدعت المخالطة بالاجنبى والانكشاف والفتنة فانها تمنع وتعطى قيمة الخدمة وبكونه حرا احترازا عما سيأتى لا فرق فيما ذكر بين الحرة والامة بل التنافى المعلل به فى الامة اقوى منه فى الحرة ثم لو تزوج امة على ان

يخدم

فانه واجب والمفوضة بالكسر الحرة
التى فوضت نفسها من غير مهر الى
زوج وبالفتح الحرة التى زوجها
وليها بلا اذنها بلا مهر أو امة زوجها
مولاها بلا مهر فالحرة بالفتح والكسر
والامة بالفتح فقط (ويجب مهر المثل
فى الشغار) بالشين والغين المعجمتين
وهو ان يزوج الرجل بنته أو اخته على
ان يزوجه الآخر بنته او اخته على
ان يكون بضع كل واحدة منهما صداقا
للاخرى فالعقدان جائزان ويسمى
نكاح الشغار لخلوه عن المهر يقال بلدة
شاغرة أى خالية وقال الشافعى يبطل
العقدان ولا يجب مهر واجمعوا انه
لو قال زوجتك ابنتى على ان تزوجنى
ابنتك ولم يقل على ان يكون بضع كل
واحدة منهما صداقا للاخرى جاز
النكاح ولا يكون شغارا (و) يجب مهر
المثل فى (خدمة زوج حر للامهار)

يخدم سيدها او حرة على ان يخدم وليها ينبغى ان يصح ولم اره نهر ووجه الصحة عدم التنافى واعلم ان الواو فى المخالطة بالاجنبى والانكشاف والفتنة بمعنى او (قوله للامهار زوجته) بالنصب على انه مفعول المصدر (تنبيه) قال لها اعتقتك على ان تزوجينى نفسك بعوض العتق فقبلت صح وهى بالخيار فان تزوجته فلها مهر مثلها وان ابت فعليها قيمتها ولو ام ولد قال الامام لا يجب عليها قيمتها لان رقها غير متقوم عنده شرنبلالية عن الفتح (قوله وفى تعليم القرآن) أى يجب لها مهر المثل لو تزوجها على تعليم القرآن لانه سمى ماليس بمال زيلعى ولهذا لا يستحق الاجر عليه كالاذان والاقامة لكن سيأتى فى الاجارات ان المتأخرين اختاروا جواز الاستئجار على تعليم القرآن والفقه وعليه فينبغى ان تصح تسميته والظاهر انه يلزمه تعليم كله الا اذا قامت قرينة على ارادة البعض والحفظ ليس من مفهوم التعليم بحر ونهر ودرر وخالف الشرنبلالى معللا بان التعليم خدمة لها فلا يصح تسميته يعنى لمكان المناقضة كما سبق والظاهر عدم تسليم كونه خدمة لها كما لا يخفى وبفرض كونه خدمة فليس كل خدمة لا تجوز وانما تمنع لو كانت الخدمة للتذليل كذا نقل عن الشيخ عبدالحى (قوله وقال محمد لها قيمة خدمته) لان المسمى مال الا انه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير بخلاف تعليم القرآن ولهما ان خدمة الزوج الحر ليست بمال حقيقة اذ لا تستحق فيه بحال وانما تصير مالا للضرورة والحاجة عند استحقاق عينها والانتفاع بها فعند عدم استحقاق عينها الا ضرورة اليها فلا تجعل مالا فصارت كالخمر ونحوها فيجب مهر المثل زيلعى (قوله وقال الشافعى يجوزان الخ) وجه قوله فى التعليم قوله عليه السلام هل معك شئ من القرآن قال نعم فقال قد ملكتكها بما معك من القرآن ولا حجة له فيه لان معناه ببركة ما معك من القرآن فكان كتزوج أبى طلحة على اسلامه ولان فى قوله تعالى فنصف ما فرضتم اشارة الى ان المسمى يشترط ان يكون مما له نصف ليمكنه الرجوع عليها بنصف المقبوض لو طلقها قبل الدخول وعلى ما قاله الشافعى لا يمكنه الرجوع عليها بشئ من المسمى اذا طلقها قبل الدخول بها ووجه قوله فى الخدمة ان المنافع مال متقوم عنده ولهذا تضمن بالغصب عنده ويجوز الاعتياض عنها فصار كما اذا تزوجها على خدمة حر آخر او على خدمة عبده ولنا ان المشروع انما هو الابتغاء بالمال والمنافع ليست بمال على اصلنا حتى لا تضمن بالغصب وانما تصير مالا بالعقد للضرورة اذا احتيج اليها وأمكن تسليمها وهنا لا يمكن تسليمها لما فيه من قلب الموضوع فلا تستحق خدمته بحال فانعدمت الضرورة بخلاف خدمة العبد لانها مال لما فيه من تسليم رقبته ولانه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها بأمره فلا تناقض وبخلاف خدمة حر آخر لانه لا مناقضة كذا فى الهداية وهذا يشير الى انه يخدمها وذكر فى الغاية ان الصحيح الصحة وترجع على الزوج بقيمة الخدمة وهذا يشير الى انه لا يخدمها لانه أجنبى فلا يؤمن من الانكشاف أو هو محمول على ما اذا تزوجها على خدمته بغير رضاه ولم يجز فصار كالتزوج على عبد الغير ولم يجزه مولاه حيث ترجع على الزوج بقيمة العبد زيلعى (تتمة) نكحها على رعى غنمها الاصح وجوب مهر المثل ووجه القول بالصحة ان الرعى لم يتمحض خدمة لها اذ العادة اشتراك الزوجين فى القيام بمصالح مالهما فليس من باب خدمة الزوج زوجته الاترى ان الابن اذا استأجر أباه للخدمة لا يجوز ولو للرعى صح شرنبلالية (قوله ولو قبضت الف المهر) الالف مذكر لا يجوز تأنيثه فيقال هو الف وثلاثة آلاف والتأنيث فى قولهم هذه ألف درهم لمعنى الدراهم لا لمعنى الالف مصباح (قوله رجع الزوج عليها بالنصف) لانه يجب عليها ان ترد نصف المهر بالطلاق قبل الدخول ولم يصل اليه بالهبة عين ما يستحقه لان الدراهم لا تتعين فى العقد فكذا فى الفسخ لان الفسخ يرد على عين ما ورد عليه العقد وكذا اذا كان المهر مكيلا او موزونا فى الذمة لعدم تعينهما زيلعى فلو كان معينا فهو كالعروض وليس لها رد ما كان معينا ولم تره بخيار رؤية ويثبت فيه خيار العيب فلها رده بالعيب الفاحش وترجع بقيمته صحيحا شرنبلالية عن الفتح ولو ابدل صحيحا بسليما لكان اولى واختلفوا فى التبر والنقرة من الذهب والفضة ففى رواية كالعروض وفى اخرى كالمضروب نهر (قوله فان لم تقبض المرأة الالف ووهبتها) تصريح

زوجته (و) فى (تعليم القرآن)
للامهار) زوجته وقال محمد لها قيمة
خدمته وقال الشافعى يجوزان ويكون
مهرها تلك الخدمة وتعليم القرآن (ولها
خدمته لو عبدا) اى ان تزوج عبد
باذن مولاه على خدمته سنة صح ولها
خدمته (ولو) تزوج امرأة على الف
و (قبضت الف المهر ووهبت) الالف
المقبوض لها (له فطلقت) المرأة (قبل
الوطء رجع) الزوج (عليها بالنصف)
اى بخمسمائة (فان لم تقبض) المرأة
(الالف) ووهبتها (او قبضت النصف
ووهبت الالف)

بمفهوم قوله قبضت الالف وقول المصنف ووهبت الالف بعد قوله او قبضت النصف يعود الى المسئلتين ومعنى هبة الالف بعد قبض النصف انها وهبت له المقبوض وغيره نهر (قوله او وهبت الباقى) فى ذمة الزوج (قوله او وهبت العرض المهر) معينا كان اوفى الذمة فهو تصريح بمفهوم التقييد بالالف (قوله مطلقا سواء كان نصفه او كله) فيه ان قول المصنف او وهبت العرض لا يشمل هبة نصفه بل يشمل مالو كان معينا اولم يكن فلو فسر الاطلاق بالمعين وغيره وابدل قوله سواء كان الخ بقوله وكذا لو وهبت نصف العرض لكان صوابا (قوله وهو خلاف النقد) أى العرض خلاف النقد (قوله لم يرجع عليها بشئ) أما فى الاولى فلانه سلم له عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول فلا يستوجب عليها شيئا آخر غايته ان هذه السلامة حصلت بسبب آخر غير الطلاق ولا يبالى باختلاف السبب عند سلامة المقصود وكذا لو قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كله المقبوض وغيره او وهبت الباقى فى ذمة الزوج ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع عليها بشئ أيضا اذ وصل اليه عين ما يستحقه كامر وكذا لو تزوجها على ما يتعين بالتعيين كالعرض فوهبت له نصفه أو كله قبضته اولا ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع عليها بشئ لان حقه سلامة نصف المقبوض بلا عوض من جهتها بالطلاق قبل الدخول وقد وصل اليه لانه مما يتعين فكان الموهوب عين المهر فسلم له مقصوده فلا يرجع بشئ درر واعلم ان عدم الرجوع عليها بشئ فى مسئلة العرض مقيد بما اذا لم يتعيب عندها حتى لو تعيب عندها فوهبته له ثم طلقها قبل الدخول يستحق عليها نصف قيمة العرض يوم القبض لانه لما تعيب عيبا فاحشا امتنع الرد وبطل استحقاق العين فصار كانها وهبته عينا آخر غير المهر زيلعى (قوله وهو القياس) لانه برئت ذمته بالابراء او الهبة ولم يبرأ بالطلاق قبل الدخول فيرجع عليها بما يستحق لان اختلاف السبب بمنزلة اختلاف العين فكانها وهبته عينا اخرى غير المهر وجه الاستحسان كما سبق انه وصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وهو براءة ذمته من نصف المهر فلا يبالى باختلاف السبب عند حصول المقصود زيلعى (قوله وقالا فى الثانية يرجع بنصف ما قبضت) لانها لو قبضت الكل رجع بنصفه فاذا قبضت النصف رجع بنصف المقبوض اعتبارا للجزء بالكل وللامام ان مقصود الزوج بالطلاق قبل الدخول سلامة نصف المهر بغير عوض وقد حصل (قوله فعنده يرجع عليها بمائة) أى عند أبى حنيفة كما فى الزيلعى فلو أتى الشارح بالظاهر موضع الضمير لكان اولى دفعا لايهام عود الضمير لزفر وعبارة الزيلعى نصها ولو وهبت اقل من النصف وقبضت الباقى يرجع عليها الى تمام النصف عند أبى حنيفة الخ (قوله ولو قبضت أقل من النصف) يعنى ووهبت له الباقى وهذه كما فى النهر علمت بالاولى ووجه الاولوية انه اذا لم يرجع عليها اذا قبضت نصف المهر عنده فبالاولى ان لا يرجع عنده اذا قبضت أقل من النصف (قوله وعندهما يرجع عليها بمائة) لانها نصف المقبوض (قوله على ان لا يخرجها الخ) حاصله شرط ما فيه منفعة لها اولابيها أو لذى رحم محرم منها لكن لابد ان يكون مما يحل الانتفاع به فلو كان مما لا يحل كالخمر ونحوه فان كان المسمى عشرة فصاعدا وجبت لها و بطل الحرام والا كمل مهر المثل لها اما لو شرطت تلك المنفعة لاجنبى نحو ان يقول على ان يعتق ولده ولم يوف فليس لها الا المسمى كذا فى المحيط وبه عرف انه لو شرط ما يضرها كالتزوج عليها فليس لها الا المسمى بالاولى وقيدوا المسئلة فى طلاق الضرة وعتق الاخ بالمضارع لانه لو كان بالمصدر طلقت رجعيا وعتق بقبول النكاح فان قال عنها كان الولاء لها نهر ويوضحه ما فى البحر حيث قال ولابد ان يكون بصيغة المضارع فى العتق والطلاق ليكون وعدا ان وفى به بها والا لا يلزمه الاعتاق والتطليق ويكمل لها مهر المثل اما اذا شرطه بالمصدر كما اذا تزوجها على الف وعتق اخيها اوطلاق ضرتها عتق الاخ وطلقت الضرة بنفس النكاح ولا يتوقف على ان يوقعهما وللمرأة المسمى فقط الخ (قوله او على الف ان اقام الخ) حاصله انه سمى لها مهرا على تقدير ومهرا على تقدير آخر وتقديم الالف غير شرط بل كذلك لو قدم الالفين نهر (قوله فان وفى وأقام) فان قلت

كان

كان على المصنف ان يقتصر على قوله فان وفى لانه شامل للمسائل الثلاثة اذ الاقامة بالبصرة شرط أيضا قلت لا استدراك لان الاقامة بالبصرة وان كانت شرطا لوجوب الالف فالاخراج منها شرط لوجوب الالفين فلو اقتصر على قوله فان وفى لم يعلم أى الشرطين اراد من الاقامة والاخراج ابن يونس وأقول قوله لم يعلم ممنوع بل هو معلوم من قوله فلها الالف لان لها فى شرط الاخراج الالفين حموى (قوله فلم يتزوج عليها أخرى) كان عليه ان يقول فلم يخرجها ولم يتزوج عليها حموى (قوله فلها الالف والا فمهر المثل) اما الالف فى صورة الوفاء فلان المسمى صلح للمهر وقد تم رضاها به وأما مهر المثل فى عدمه فلانه سمى ما لها فيه نفع فعند فواته ينعدم رضاها بالالف كذا بخط شيخنا (قوله أى وان لم يوف ولم يقم) أى لم يوف فى الصورة الاولى ولم يقم فى الثانية (قوله فمهر المثل) ولو طلقها قبل الدخول كان لها نصف المسمى سواء وفى بشرطه أم لا لان مهر المثل لا يتنصف شرنبلالية عن البحر وفيه ما لا يخفى لاحتمال ان يراد بالمسمى الالف أو الالفان مع ان عبارة البحر نصها فان طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الالف لان ما زاد على الالف يثبت على اعتبار مهر المثل ومهر المثل لا يتنصف اه (قوله فى الصورة الاخيرة) مقتضى التقييد بالصورة الاخيرة ان مهر المثل لها عند عدم الوفاء بالشرط فيما عدا هذه الصورة يجب بالغا ما بلغ والى ذلك يشير كلام الزيلعى أيضا واعلم ان الخلاف فى الصورة الاخيرة فعند أبى حنيفة الشرط الاول صحيح دون الثانى ولا خلاف بين ائمتنا فى المسئلة الاولى والثانية شيخنا عن عزمى زاده قال فى التبيين لابى حنيفة ان احدى التسميتين منجزة والاخرى معلقة ولا يجتمع فى الحال تسميتان فاذا اخرجها فقد اجتمعا فيفسدان لان المعلق لا يوجد قبل وجود شرطه والمنجز لا ينعدم لوجود المعلق فيتحقق الاجتماع عند وجود الشرط لا قبله وتمامه سيجىء فى الاجارة فى قوله ان خطه اليوم فبدرهم الخ (قوله وعندهما يجب الفان) لجواز الشرطين عندهما قياسا على ما لو تزوجها على الف ان كانت قبيحة والفين ان كانت جميلة وفرق الدبوسى وغيره بانه انما صح الشرطان فى هذه الصورة بالاتفاق لانه لا خطر فى التسمية الثانية لان أحد الوصفين ثابت فى نفس الامر جزما غير ان الزوج يجهله وجهالته لا توجب خطرا بالنسبة الى الوقوع وعدمه ورده الزيلعى بانه يقتضى ثبوت الصحة اتفاقا فيما لو تزوجها بالف ان لم تكن حرة الاصل أو ليست له امرأة وبالفين ان كانت حرة الاصل أوله امرأة لكن الخلاف منقول فيه قال فى الفتح والاولى ان تحمل مسئلة القبيحة والجميلة على الخلاف فقد نص فى نوادر ابن سماعة على الخلاف فيها وجزم فى البحر بضعف هذا الخلاف وفرق بان الجهالة فى القبح والجمال يسيرة لمشاهدته فنزل منزلة العدم وفى غيره متفاحشة لعدم المشاهدة فكان فيها المخاطرة (فائدة) الخطر بالتحريك الاشراف على الهلاك والمراد به هنا تعليق النكاح بامر متردد بين الوقوع وعدمه نوح أفندى (تتمة) ردد فى المهر بين القلة والكثرة للثيوبة والبكارة فان كانت ثيبا لزمه الاقل والا فمهر المثل لا يزاد على الاكثر ولا ينقص عن الاقل عند أبى حنيفة شرنبلالية عن الكمال وقياس مذهب الصاحبين صحة التسميتين (قوله وعند زفر الشرطان فاسدان الخ) لانه ذكر للبضع بدلين على سبيل البدل لا على سبيل الاجتماع فيكون مجهولا فيفسد كما اذا تزوجها على الف أو الفين زيلعى (قوله ولو نكحها على هذا العبد الخ) حاصله انه سمى شيئين مختلفى القيمة اتحد الجنس او اختلف نهر (قوله حكم مهر المثل) على صيغة المجهول أى حكمه القاضى أى جعله حكما نوح أفندى هذا اذا لم يشرط الخيار لها لتأخذ ايا شاءت أوله على ان يعطى أيا شاء فان شرطه صح اتفاقا لانتفاء المنازعة شرنبلالية عن الفتح (قوله وقالا لها الاوكس فى ذلك كله) منشأ الخلاف ان البدل الاصلى عندهما هو المسمى ولا يصار الى مهر المثل الا اذا فسدت التسمية من كل وجه ولم يمكن ايجاب المسمى وقد امكن هنا ايجاب الاوكس لانه المتيقن فلا تفسد التسمية وصار كالخلع والاعتاق على مال والاقارير وعند أبى حنيفة الموجب الاصلى هو مهر المثل بدليل انه يجب بنفس العقد من غير تسمية وهذا لان قيمة البضع كالقيمة فى المبيع اذ البضع متقوم حالة الدخول فى الملك فلا يعدل عنه

الا اذا صحت التسمية كما فى البيع بخلاف الطلاق والعتاق لانه لا موجب لهما فى الاصل وانما يجب البدل
فيهما بالتسمية وكذا الاقرار لان المال المقر به ليس بعوض زيلعى ولا خلاف انه لو طلقت قبل الدخول
وجب نصف الاوكس لان الواجب فى مثله المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها عادة فوجب لاعترافه
بالزيادة هداية وهذا يفيد ان نصف الاقل لو كان أقل من المتعة وجبت وبه صرح فى الدراية فالحكم
فى الطلاق قبل الدخول ليس الا المتعة مثلها نهر عن الفتح فائدة قال فى القاموس الوكس كالوعد النقص
والتنقيص لازم ومتعد نوح أفندى (قوله وعلى فرس أو حمار) يعنى على معنى انه تزوجها على فرس
فقط كما فى الزيلعى لا كما قال العينى انه تزوجها على فرس وسط فانه غير صواب ذكره الشيخ شاهين فاذا
تزوجها على فرس يخير بين ان يسلم فرسا وسطا او بين ان يسلم اليها قيمته وكذا اذا تزوجها على حمار فقط
وهكذا الحكم فى كل حيوان ذكر جنسه دون نوعه وأما لو تزوجها على فرس أو حمار بمعنى الترديد بينهما
فالجواب فيها كالجواب فى المسئلة الاولى من تحكيم مهر المثل عنده ووجوب الاقل عندهما زيلعى ولهذا
قال فى النهر لو أظهر الفعل فى المعطوف لكان أولى لدفع توهم انه من المسئلة الاولى اذ موضوع هذه انه
تزوجها على حيوان بين جنسه دون نوعه انتهى بخلاف مجهول الجنس كثوب ودابة لانه لا وسط له
ووسط العبد فى زماننا الحبشى در وأقول لعل ماذكره فى الدر تبعا للنهر وأقره الحموى بحسب عرفهم بناء على
ان المراد بالعبد ما يعم الابيض وأما فى عرفنا فالحبشى لا يجب الا بالتنصيص عليه لان العبد متى أطلق
لا ينصرف الالمن يكون من السودان فاذا اقتصر على ذكر العبد وجب اوسط من السود ان قيد بالمبهم
لانه فى المعين كهذا العبد أو الفرس يثبت الملك فيه لها بمجرد القبول ان كان مملوكا له وكذا لو لم يكن مشارا
اليه الا انه أضافه الى نفسه كعبدى لان الاضافة الى نفسه من اسباب التعريف كالاشارة لكن لا تجبر
على قبول القيمة فى المضاف الى نفسه فان لم يكن مشارا اليه ولم يضفه الى نفسه بان قال تزوجتك على عبد
زيد فلها ان تؤاخذه بشرائه لها فان عجز عن شرائه لزمته القيمة ولو قال على عبدى وله أعبد ثبت لها الملك
فى واحد وسط مما فى ملكه وعليه تعيينه (قوله وان شاء اعطاها قيمة الوسط) وتجبر لان الوسط لا يعرف
الا بالقيمة فكانت أصلا فى الايفاء وتعتبر القيمة بحسب اختلاف الاوقات من الغلاء والرخص هو الاصح نهر
(قوله وقال الشافعى يجب مهر مثلها) لان عنده ما لا يصلح ثمنا فى البيع لا يصلح مسمى فى النكاح اذ كل
واحد منهما عقد معاوضة ولنا انه معاوضة مال بغير مال فجعلناه بمنزلة التزام المال ابتداء حتى لا تفسد
بمطلق الجهالة كالدية والاقارير وشرطنا ان يكون المسمى مالا وسطه معلوم رعاية للجانبين لان الجنس
يشتمل على الجيد والردىء والوسط ذو حظ من الجانبين فكان أعدل وما نحن فيه جهالة فى النوع وليس
من الحكمة ان ينقض شئ لاجل الجهالة ثم يصار الى ما هو اكثر جهالة منه ولا يمكن القياس على البيع
لان الجهالة فيه تفضى الى المنازعة لكونه مبنيا على المماكسة بخلاف النكاح لانه مبنى على المسامحة لان
المقصود منه غير المال بخلاف البيع زيلعى (قوله ولو نكحها على ثوب غير معين الخ) انما وجب مهر المثل
لان فساد التسمية ليس باكثر من عدمها (قوله أو على هذا الدن من الخمر فاذا هو خل الى قوله فاذا هو
عبد) صريح فى وجوب مهر المثل فى هاتين الصورتين وليس كذلك على الراجح لان الواجب هو المشار اليه
كما سيذكره الشارح بقوله وفى عكسها لها المشار اليه وهذا هو الراجح من مذهب الامام والمفهوم من كلام
الزيلعى وجوب المشار اليه من غير خلاف شيخنا عن الشيخ شاهين (قوله فاذا هو حر) قيد بكونه حرا لانه
لو تزوجها على هذا العبد فاذا هو مدبر او مكاتب أو ام ولد كان لها قيمة العبد علمت المرأة بحال العبد
او لم تعلم مع ان المشار اليه لا يصلح مهرا لكن لما لم يخرج عن المالية بالكلية صحت التسمية بحر وقوله كان
لها قيمة العبد أى كان لها قيمته لو كان عبدا (قوله أما فى الثوب فبالاتفاق) لان الجهالة فيه جهالة
فى الجنس اذ الثياب اجناس شتى ولو قال هروى أو مروى تصح التسمية ويجب الوسط ويخير الزوج وكذا
اذا بالغ فى وصف الثوب فى ظاهر الرواية لانها ليست من ذوات الامثال زيلعى وقوله وكذا اذا بالغ الخ

لدفع التوهم لكان اولى (و) لو نكحها
(على فرس أو حمار) أو خادم أو بغل
(يجب الوسط) منها (أو قيمته) يعنى
الزوج مخير ان شاء أعطاها الوسط وان شاء
أعطاها قيمة الوسط وقال الشافعى يجب
مهر مثلها (و) لو نكحها (على ثوب) غير
معين (أو خمر او خنزير او على هذا)
الدن من (الخل فاذا هو خمر او على هذا
الدن من الخمر فاذا هو خل) او على هذا
(العبد فاذا هو حر) او على هذا الحر فاذا
هو عبد (يجب مهر المثل) فى هذه
الوجوه كلها اما فى الثوب فبالاتفاق
واما فى الخمر والخنزير

أى يخير أيضا بين تسليم الوسط او القيمة وفى غير ظاهر الرواية لا يخير بل يلزمه تسليم الثوب اذا بالغ
فى وصفه والحاصل انه اذا بين جنس الثوب صحت التسمية كما لو نكحها على ثوب هروى أو مروى
وان لم يبالغ فى وصفه ولهذا قال فى الدر ومع امهار ثوب وان لم يبالغ فى وصفه قال الشيخ شاهين انظر
ما المراد من قوله وان لم يبالغ فى وصفه ويمكن ان يقال ان حرف النفى منصب على القيد والمقيد جميعا أى
وان لم يوجد وصف اه وتعقبه شيخنا بان الفرق بين الوصف والمبالغة فيه ثابت اذ فسر فى النهر المبالغة
فى وصفه بان قال طوله كذا وعرضه كذا انتهى وأيضا لو لم يوصف أصلا تنتفى صحة التسمية لوجود الجهالة
فى الجنس فلابد لصحة التسمية من وجود أصل الوصف أما المبالغة فى الوصف فلا تشترط ولو على عشرة
دراهم وثوب لم يصفه فلها العشرة فقط ولو طلقها قبل الدخول فلها الخمسة الا ان تكون متعتها أكثر خانية
وكان ينبغى وجوب الخمسة ولو كانت متعتها اكثر لصحة التسمية نهر (قوله وأما فى الخمر والخنزير فكذلك عندنا
قيد بكون المشار اليه خمرا لانه لو كان طلاء كان لها مثل الدن من الخل خانية لانه مال وصرح فى المبسوط
بان الطلاء مال وفى الوافى يصح بيع غير الخمر ويضمن متلفه فالمثلث العنبى بالاولى لانه يحل شربه عند الامام
لا على قول محمد ولو كانا حلالين بان تزوجها على هذا الدن من الخل فاذا هو زبيب أو على هذا العبد
فاذا هو جارية أو على هذا الثوب المروى فاذا هو هروى كان لها مثل هذا الدن خلا وعبد بقيمة الجارية
وثوب مروى بقيمة الهروى وعرف من كلامه انهما لو كانا حرامين وجب مهر المثل بالاولى ودل اطلاقه
أن الحر لو كان حربيا فاسترق وملكه الزوج لم يجبر على تسليمه اتفاقا كما فى الاسرار وكذا الخمر لو تخللت
وفى البدائع تزوجها على هذا الدن من الخمر وقيمة الظرف عشرة فصاعدا ففى رواية لها الدن لا غير
وفى اخرى لها مهر المثل بحر وقوله لو كانا حرامين الخ كما لو تزوجها على هذا الخمر فاذا هو دم مثلا (قوله وعند
مالك النكاح فاسد) لان الخمر والخنزير لا يمكن ايجابه على المسلم وتسميته تمنع من وجوب غيره فتعين
الفساد كالبيع ونحن نقول فساد التسمية لا يزيد على تركها فكما لا يفسد النكاح بترك التسمية فكذا اذا
فسدت بخلاف البيع اذ لا يجوز بدون بيان الثمن (قوله وفى عكسها الخ) أى لو تزوجها على هذا الخمر فاذا
هو خل او على هذا الحر فاذا هو عبد فالضمير فى قوله وفى عكسها راجع لما ذكره فى المتن من قوله أو على
هذا الخل فاذا هو خمر او على هذا العبد فاذا هو حر ولا يشكل بما ذكره الشارح من قوله أو على هذا الدن من
الخمر فاذا هو خل لما سبق مبينا عن الشيخ شاهين (قوله ومحمد مع أبى حنيفة الخ) فيجب لها مهر المثل (قوله
ومع أبى يوسف الخ) فيكون الواجب لها مثل هذا الدن من الخل عند الصاحبين فان المسمى من خلاف
جنس المشار اليه فتكون العبرة للمسمى (قوله فاذا تزوجها على هذا الحر فاذا هو عبد الخ) الاولى حذفه الى
قوله وهذه المسائل مبنية على أصل لانه قد ذكره هذا قبله وذكر ان لها المشار اليه وقدمنا ان هذا هو الراجح
من مذهب الامام وتقدم ان كلام الزيلعى مفهومه وجوب المشار اليه فى هذه المسائل من غير خلاف
فقوله واذا تزوجها على هذا الدن من الخمر فاذا هو خل يجب مهر مثلها خلاف الصواب والصواب الموافق
لقوله فيما سبق وفى عكسها لها المشار اليه وجوب المشار اليه ثم ظهر ان ماذكره الشارح هنا من وجوب مهر
المثل بالنسبة لمذهب محمد لكون الخل مع الخمر جنسين عنده كما سيأتى التصريح به فى شرح قوله وهذه
المسائل مبنية على أصل الخ فلا ينافى ما سبق من قوله وفى عكسها لها المشار اليه لانه بالنسبة لمذهب الامام
فلا حاجة للتصويب (قوله وهذه المسائل مبنية على أصل الخ) قال فى التبيين عن الايضاح لا خلاف ان
المعتبر المشار اليه اذا كان المسمى من جنسه وان كان من خلاف جنسه فالمعتبر المسمى وانما الخلاف
فى التخريج وهو ان الحر والعبد جنس واحد عند أبى حنيفة فاذا تزوجها على هذا العبد فاذا هو حر وجب
مهر المثل اعتبارا بالاشارة كما لو تزوجها على هذا الحر قال فى الغاية وانما قلت الحر والعبد جنس واحد لان
الاصل فى الآدمى الحرية وعارض الرق لا يؤثر فى تبديل الجنس لان العبد قد يصير حرا والحر يصير عبدا
من غير تبدل العين بان اسر الحربى انتهى وكذا الخل والخمر فتعتبر الاشارة فيهما وعند أبى يوسف الحر والعبد

فكذلك عندنا وعند مالك النكاح
فاسد وأما وجوب مهر المثل فى البواقى
فمذهب أبى حنيفة رحمه الله تعالى
وقال أبو يوسف اذا تزوجها على هذا
العبد فاذا هو حر يجب قيمة الحر لو كان
عبدا ومثل هذا الدن من الخل وفى
عكسها لها المشار اليه وكذا لو تزوجها
على هذه الميتة فاذا هى ذكية فان لها
المشار اليه وهى رواية عن أبى حنيفة
رحمه الله تعالى ومحمد مع أبى حنيفة رحمه
الله تعالى فيما اذا تزوجها على هذا
العبد فاذا هو حر ومع أبى يوسف فيما اذا
تزوجها على هذا الدن من الخل فاذا
هو خمر فاذا تزوجها على هذا الحر فاذا
هو عبد أو على هذه الميتة فاذا هى ذكية
لها المشار اليه عند محمد واذا تزوجها
على هذا الدن من الخمر فاذا هو خل
يجب مهر مثلها وهذه المسائل مبنية
على أصل وهو ان الاشارة والتسمية
اذا اجتمعا والمشار اليه من خلاف
جنس

جنسان مختلفان وكذا الخل والخمر لان المسمى يصلح مهرا والمشار اليه لا يصلح مهرا فتعلق العقد بالمسمى وعند محمد الحر مع العبد جنس والخل مع الخمر جنسان كما مر فاذا تعلق العقد بالمسمى يعنى على قول الثانى عند اختلاف الجنس بينهما ينظر فان كان المسمى مما يمكن ان يجعل مهرا و يثبت فى الذمة ثبوتا صحيحا لزمه تسليمه من غير خيار والا فينظر أيضا فان بين جنسه دون وصفه فلها الوسط منه ويخير الزوج والا فمهر المثل ولهذا أوجب أبو يوسف فى الخل مثله وفى العبد القيمة وانما لم تجب قيمة عبد وسط لاعتبار الاشارة من وجه انتهى (قوله فالعبرة للتسمية) فاذا تزوجها على هذا الخل فاذا هو خمر تعلق العقد بالمسمى عند محمد لان التسمية تدل على ماهية خلاف المشار اليه فيكون المسمى مثل المشار اليه فى استحقاق ان يكون مرادا ولا يكون تابعا له لان المقتضى لعدم شئ لا يتبعه فيتعارضان فى الاستحقاق والتسمية أبلغ فى التعريف اذا كانا من جنسين من حيث انها تعرف الماهية والاشارة انما تعرف ذات المشار اليه من غير دلالة على حقيقته والمراد بالماهية الحقيقة من حيث هى وبالذات موجود فى الخارج يصح ان يكون مشارا اليه باشارة حسية غناية وفى الغاية الماهية هى ما به الشئ هو ثم كل شئ فرض كليا كان أو جزئيا فله حقيقة هو بها هو فان كان الشئ كليا تسمى حقيقته ماهية وان كان جزئيا تسمى هوية شيخنا (قوله فالعبرة للاشارة) لان المسمى موجود فى المشار اليه ذاتا شيخنا عن الاختيار (قوله وانما قيدنا الثوب بغير معين الخ) وكذا يخير فى تسليم الثوب أو القيمة وان بالغ فى وصف الثوب فى ظاهر الرواية لانها ليست من ذوات الامثال وفى شرح المختار يجب تسليم الثوب لان موصوفه يجب فى الذمة بخلاف الحيوان وقال أبو يوسف ان ذكر له أجلا يجبر على تسليمه لان مؤجله يثبت فى الذمة متحتما كما فى السلم وان لم يذكر له أجلا يخير وعن أبى حنيفة مثله ولو تزوجها على مكيل أو موزون غير الدراهم والدنانير فان ذكر جنسه وصفته يجبر على تسليمه لان موصوفه يثبت فى الذمة ثبوتا صحيحا وان ذكر جنسه دون وصفه يخير بين تسليمه وتسليم قيمته زيلعى والحاصل ان كل ما جاز فيه السلم كان لها ان لا تأخذ الا المسمى وما لم يجز فيه يخير فيه الزوج وصحة السلم فى الثياب موقوفة على ذكر الاجل لا فى المكيل والموزون حتى لو ذكر الوصف كحنطة جيدة خالية من الشعير صعيدية أو بحيرية تعين المسمى وان لم يذكر الاجل لان موصوفهما يثبت فى الذمة حالا أيضا كالقرض (قوله وان امهر العبدين الخ) يعنى جعلهما مهرا فالهمزة للتصيير نوح أفندى (قوله وأحدهما حر) قيد بكون أحدهما حرا لانه لو استحق كان لها مع الباقى قيمته اتفاقا نهر (قوله لها ذاك الى تمام العشرة عند أبى حنيفة) وعليه الفتوى نهر لان الباقى صلح مهرا لكونه مالا فيجب ووجوب المسمى وان قل يمنع من وجوب مهر المثل زيلعى (قوله لها العبد وقيمة الحر) لانه أطمعها بسلامة العبدين وعجز عن تسليم أحدهما فتجب قيمته ولانهما لو ظهرا حرين وجب قيمتهما عنده فكذا اذا ظهر أحدهما حرا اعتبارا للبعض بالكل (قوله وعند محمد لها العبد وتمام مهر مثلها) لانهما لو كانا حرين وجب مهر المثل عنده فكذا اذا كان احدهما حرا يجب العبد وتمام مهر المثل لعدم رضاها بدون مهر المثل الا بسلامة العبدين لها زيلعى (قوله وان كان مهر مثلها خمسة عشر) او اقل (قوله وفى النكاح الفاسد) وهو المفقود فيه شرط من شروط الصحة كالشهود وكتزوج الاختين معا أو الاخت فى عدة الاخت أو المعتدة من الغير أو الخامسة فى عدة الرابعة أو الامة فى عدة الحرة نوح أفندى ومنه ما لو تزوج ذمى مسلمة ويجب على القاضى التفريق ولا ينتقض عهده ولا بالتسرى بامة مسلمة حموى ويأتى فى الحدود انه اذا زنى بمسلمة لا ينتقض عهده أيضا وحيث كان تزوج الذمى بالمسلمة من قبيل الفاسد فاذا ولدت يثبت منه النسب ويكون الولد مسلما وينبغى ان يكون الحكم كذلك اذا تسرى بامة مسلمة لانه من أهل ان يملك الا ترى انهم قالوا يجبر على بيعها تخليصا للمسلم من ذل الكافر فاذا ولدت فادعاه ثبت ويكون مسلما أيضا لانه يتبع خير الابوين دينا ويكون الحكم فيها انها تسعى فى قيمتها كما اذا اسلمت أم ولد النصرانى كما سيأتى

المسمى فالعبرة للتسمية وان كان المشار اليه من جنس المسمى الا انهما اختلفا وصفا فالعبرة للاشارة وانما قيدنا الثوب بغير معين لانه ان كان معينا بان قال هروى تصح التسمية ويخير الزوج بين الوسط والقيمة (وان امهر العبدين وأحدهما حر فمهرها العبد) اذا ساوى عشرة دراهم ولو قلت قيمته فلها ذاك الى تمام العشرة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وقال ابو يوسف لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا وعند محمد وهو رواية عن ابى حنيفة لها العبد وتمام مهر مثلها أى ما يتم به مهر مثلها ان كان مهر مثلها أكثر من قيمة العبد بان كان مهر مثلها عشرين درهما وقيمة العبد خمسة عشر درهما فلها خمسة دراهم والعبد وان كان مهر مثلها خمسة عشر درهما فلها العبد فقط (وفى النكاح الفاسد)

فى المتن من باب التدبير وقول الزيلعى ولكل منهما فسخه لا ينافى وجوب الفسخ على كل منهما خروجا عن المعصية بل أفاد ان كل واحد منهما يملك ذلك ولا يتوقف على حضرة الآخر نهر (قوله اذا فرق القاضى) وهو أى التفريق واجب عليه اذا علم نهر (قوله انما يجب مهر المثل بالوطء) فى القبل لا بالعقد لفساده ولا بالخلوة للمانع الشرعى فيها وخص المهر مع ان حرمة امها انما تكون أيضا به لان الكلام فيه ولو ادعت فساده وهو صحته فالقول له وعلى عكسه فرق بينهما وعليها العدة ولها نصف المهر ان لم يدخل بها والكل ان دخل خانية واستدرك عليه فى النهر بما ذكره الحاكم من انه لو ادعى احدهما ان النكاح فى صغره فالقول له ولا نكاح بينهما ولا مهر ان لم يكن دخل قبل الادراك فيخص هذا من اطلاق الخانية انتهى ووجه الاستدراك ان ما فى الخانية يؤل الى جعل القول للزوج مطلقا سواء ادعى الصحة او الفساد بخلاف ما ذكره الحاكم لجعله القول لمن يدعى الفساد مطلقا ايا ما كان وانظر ما وجه الفساد فى مسئلة الحاكم ولعله باعتبار عدم الكفاءة او الغبن الفاحش فى المهر يعنى وكان العاقد غير الاب والجد بقى ان ظاهر قوله انما يجب بالوطء باداة الحصر انه لو مات احدهما قبل الوطء لا يجب لها مهر المثل فقولهم ان النكاح ينتهى بالموت فيتقرر بجميع مواجبه محله اذا كان النكاح صحيحا (تتمة) يستثنى من حرمة تعاطى العقود الفاسدة الفاسد الذى يترتب عليه من الآثار ما يترتب على الصحيح كالكتابة فان فاسدها كصحيحها فى العتق وتوابعه لان له اثرا صحيحا يقصد منه شرعا بخلاف نحو البيع الفاسد فانه لا اثر له شرعا يقصد به حموى واعلم انه ذكر فى الخلاصة ان التصرفات الفاسدة عشرة وأحكامها مختلفة وقد نظمها فى النهر وقال

وفاسد من العقود عشر * اجارة وحكم هذا الاجر
وجوب أدنى مثل او مسمى * او كله مع فقدك المسمى
والواجب الاكثر فى الكتابة * من الذى سماه او من قيمة
وفى النكاح المثل ان يكن دخل * وخارج البذر لمالك أجل
والصلح والرهن لكل نقضه * امانة او كالصحيح حكمه
ثم الهبه مضمونة يوم قبض * وصح بيعه لعبد اقترض
مضاربه وحكمها الامانة * والمثل فى البيع والا القيمة

وقوله وجوب ادنى مثل او مسمى أى الواجب الاقل من المسمى ومن اجر المثل فان لم يكن هناك تسمية يجب كمال اجر المثل وفى التجريد والمستأجر امانة وقوله والواجب الاكثر فى الكتابة الخ أى الواجب فيها الاكثر من المسمى ومن القيمة وقوله والصلح والرهن لكل نقضه أى حكم كل منهما ذلك والرهن الفاسد هو رهن المشاع وللراهن ان ينقضه كالبيع الفاسد ولو هلك فى يد المرتهن يهلك امانة عند الكرخى وفى الجامع الصغير ما يدل على انه كالرهن الجائز وقوله ثم الهبة الخ وفى الفتاوى الهبة الفاسدة لا تفيد الملك وقوله وفى النكاح المثل أى مهر المثل وقوله وخارج البذر الخ أى الحكم فى المزارعة الفاسدة ان الخارج لصاحب البذر فان كان البذر من قبل رب الارض فعليه اجر مثل العامل و يطيب له وان كان البذر من العامل فعليه اجر مثل الارض والخارج له وقوله وصح بيعه لعبد اقترض أى فيما اذا اقترض قرضا فاسدا وهو قرض الحيوان وقوله مضاربه وحكمها الامانة اى حكمها ان المال فى يد المضارب امانة وقوله والمثل فى البيع الخ أى حكم البيع الفاسد الضمان بالقيمة او بالمثل ان كان مثليا وهذا عند الهلاك او الاستهلاك أما لو كان قائما فلكل واحد منهما حق النقض كذا بخط الحموى عن الخلاصة (قوله ولم يزد مهر المثل على المسمى) لرضاها بالحط ولو كان دون المسمى لزم مهر المثل لفساد التسمية بفساد العقد ولو لم يسم او جهل لزم بالغا ما بلغ در وظاهر كلامهم ان مهر المثل لا يزيد على المسمى ولو كان المسمى اقل من عشرة كما فى النهر بخلاف النكاح الصحيح اذا وجب فيه مهر المثل فانه لا ينقص عن عشرة بحر وذكر بعد قول المصنف ومهر مثلها الخ ما نصه معزيا للخلاصة ملخصا ليس المراد من المهر الذى يجب بالوطء بشبهة مهر المثل المذكور

اذا فرق القاضى (انما يجب مهر المثل بالوطء ولم يزد) مهر المثل (على المسمى) ان كان أقل منه عندنا

هنا بل العقر وفسره عن الاسبيجابى بانه الذى تستأجر عليه للزنا لو كان حلالا الخ فهذا صريح فيما سبق من
الفرق وقوله فى النهر ولم يقل ولا ينقص منه ايماء الى انه لو كان أكثر من مهر المثل وجب مهر المثل فقط
وتبعه الحموى فيه نظر لان ايجاب مهر المثل فقط فيما اذا كان المسمى اكثر منه هو عين التنقيص كما لا يخفى
(قوله وعند زفر يجب بالغا ما بلغ) اعتبارا بالبيع الفاسد وانما انها أسقطت حقها فى الزيادة لرضاها بما
دونها فلا تجب ولان المنافع ليست بمال وانما تتقوم بالعقد ولم يوجد بخلاف المبيع فانه متقوم بنفسه زيلعى
ومن أحكام العقد الفاسد انه لا يحد بوطئها قبل التفريق للشبهة ويحد اذا وطئها بعد التفريق بدائع
وغيرها وظاهره انه لا فرق فيه بين ان يكون فى العدة أولا ولم أره صريحا بحر ولا يلزمه بالوطء الا مهر
واحد وان وطئها مرارا حموى عن ابن الحلبى (قوله ولا بالخلوة الصحيحة) يعنى بالصحيحة ان تكون بحال
يمكنه وطؤها بلا مانع من الوطء سوى الفساد والا فالمانع ثابت وهو حرمة الوطء بفساد العقد وهذا
وجه ما ذكره فى البحر من التسامح (قوله ويثبت النسب فى النكاح الفاسد) للاحتياط عينى ولا توارث
بين الزوجين فى الفاسد والموقوف (قوله من وقت النكاح عندهما) الحاقا للفاسد بالصحيح واستبعده
الزيلعى بان النكاح الفاسد ليس بداع الى الوطء لحرمته بخلاف الصحيح وأجاب فى النهر بان النسب
حيث كان يحتاط فى اثباته فالاعتبار بوقت العقد به أمس (قوله وتثبت العدة) بعد الوطء لا الخلوة للطلاق
لا للموت در أى تعتد بالحيض سواء كانت العدة للتفريق أو لموته قبله لان الطلاق لا يتحقق فى النكاح
الفاسد بل هو متاركة ولو كانت هذه المرأة الموطوءة أخت امرأته حرمت عليه الى انقضاء عدتها نوح
أفندى وكذا تحرم عليه زوجاته الاربع اذا كانت هذه المرأة الموطوءة خامسة الى انقضاء عدتها وانما
وجبت العدة لان الفاسد ملحق بالصحيح فى موضع الاحتياط تحرزا عن اشتباه النسب لانها تجب باعتبار
شبهة النكاح ورفعها بالتفريق أو بمتاركة الزوج وعلم غير المتارك ليس بشرط لصحة المتاركة على الاصح
وانكار النكاح ان كان بحضرتها فهو متاركة والا فلا ولا تتحقق المتاركة الا بالقول كتاركتك أو خليت
سبيلك وفى غير المدخول بها فبتفريق الابدان وأراد الزيلعى بقوله وعلم غير المتارك ليس بشرط خصوص
المرأة فليس المراد بالغير ما يصدق بالرجل لانه قدم أولا ما يفيد تخصيص الزوج بالمتاركة أما الفسخ فغير
مختص به لان لكل واحد منهما فسخه بغير محضر من الآخر وقيل بعد الدخول لا بد من حضوره والفرق
بين الفسخ والمتاركة ان المتاركة فى معنى الطلاق فتختص بالزوج أما الفسخ فرفع للعقد فلا يختص به هذا
فى القضاء أما فيما بينها وبين الله اذا علمت انه طلقها وانقضت عدتها بعد آخر وطء ثلاث حيض حل لها التزوج اتفاقا
فتح وقيده فى البحر بما لو فرق بينهما أما اذا حاضت ولم يفارقها فلا انتهى ولو قال لم ادخل فالقول له نهر
(قوله وعند زفر من آخر الوطآت) واختاره الصفار (قوله ومهر مثلها) أى الحرة اذا الكلام فى نكاحها
أما الامة فسيذكره الشارح (قوله بقوم أبيها) لقول ابن مسعود فى المفوضة لها مهر نسائها والظاهر من
اضافة النساء اليها انها باعتبار قرابة الاب لان الانسان من جنس قوم أبيه وقيمة الشئ انما تعرف بالنظر
فى قيمة جنسه ولهذا صحت خلافة ابن الامة اذا كان أبوه قرشيا زيلعى ونهر وفى كلام المصنف استعمال
القوم فى الاناث حموى (قوله اذا استويا) فى ثمانية أشياء ذكرها فى المتن وزيد عليها أربعة فالجملة اثنا عشر
ثم بين ما به المماثلة بقوله سنا وجمالا الخ قال البرجندى ولم تذكر الام فى شئ من الكتب لانها يجوز ان
لا تكون من قوم الاب حموى وكذا يشترط ان يستويا فى العلم والادب وكمال الخلق وان لا يكون لها ولد
وقالوا يعتبر حال الزوج أيضا وقيل لا يعتبر الجمال فى بيت الحسب والنسب والشرف وانما يعتبر ذلك
فى أوساط الناس اذ الرغبة فيهن للجمال بخلاف بيت الشرف زيلعى وقوله يعتبر حال الزوج بان يكون
زوج هذه كأزواج أمثالها من نسائها فى المال والحسب نهر عن الفتح ومقتضاه المغايرة بين المال والحسب
مع ان الزيلعى ذكر فى فصل الكفاءة ان الحسب المال لكن ذكر فى البحر ان الحسب مكارم الاخلاق
وفى الغاية عن النتف تعتبر المماثلة فى خمس عشرة خصلة الجمال والحسب والمال والعقل والدين والعلم

والادب

وعند زفر يجب مهر المثل بالغا ما بلغ
وانما قيد بالوطء لانه لا يجب قبل
الوطء ولا بالخلوة الصحيحة (ويثبت
النسب) فى النكاح الفاسد من وقت
النكاح عندهما وعند محمد من وقت
الدخول وعليه الفتوى وثمرة الخلاف
تظهر فيما اذا جاءت بولد لستة اشهر من
وقت النكاح وقد كان دخل بها بعد
النكاح بشهر يثبت نسب ولدها
عندهما وعنده لا يثبت (و) تثبت
(العدة) من وقت التفريق عند
القاضى وعند زفر من آخر الوطآت
(ومهر مثلها يعتبر بقوم أبيها) اى
باخواتها وعماتها وبنات عمها لا بقوم
امها كالخالات وبنات الاخوال
والام الا اذا كانت الام من قوم ابيها
بان كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر مهرها
من جهة انها بنت عم ابيها وقال ابن ابى
ليلى يعتبر بامها وقومها هذا (اذا استويا
سنا وجمالا ومالا وبلدا وعصرا

والادب والتقوى والعفة وكمال الخلق وحداثة السن والبكارة وحال الوقت وحال الزوج وان لا يكون
لها ولد انتهى وهو صريح فى ان الدين غير التقوى حموى وتعتبر هذه الاوصاف وقت التزوج نهر عن
الذخيرة وفيه عن المنتقى يشترط ان يكون المخبر بمهر المثل رجلين أو رجلا وامرأتين ولفظة الشهادة فان
لم يوجد من يشهد بمهر المثل فالقول فيه للزوج مع يمينه فالقضاء بمهر المثل لا يصح الا بالشهادة أو الاقرار
ولا يخالفه ما سبق عن المحيط ان الزوج أو القاضى لو فرض بعد العقد جاز لانه يجرى مجرى التقرير لما
وجب بالعقد من مهر المثل زاد أو نقص لانه محمول على التراضى فلو ساوت امرأتين من قوم أبيها فى هذه
الاوصاف واختلف مهراهما ينبغى ان كل مهر حكم به القاضى صح بحر لا يقال قوله فيما سبق وان لا يكون
لها ولد يشكل بما قبله من قوله وبكارة لان اعتبار البكارة فيمن يماثلها بالنسبة لما اذا كانت هى بكرا فلا
منافاة حتى لو كانت احداهما ذات ولد وجب اعتبار ذلك أيضا فى جانب الاخرى (قوله وعقلا) وهو القوة
المميزة بين الامور الحسنة والقبيحة أو هيئة محمودة للانسان فى حركاته وسكناته ويمكن ان يراد به ما يقابل
الجنون حموى عن البرجندى (قوله أى ديانة) صريح فى ان المماثلة فى الدين غير معتبرة وقد تقدم عن
النتف ان المماثلة فيه معتبرة فليحرر حموى والثمرة تظهر فيما لو كان من وجب لها مهر المثل مسلمة والاخرى
التى ساوتها فى الديانة وغيرها ما عدا الدين كتابية فعلى ما فى النتف لا يعتبر بها وعلى ظاهر كلام الشارح
يعتبر بمهرها فان قلت الديانة هى التقوى وفسرها بعضهم بالتقوى عن الشرك فعلى هذا تستلزم الاسلام
قلت لا نسلم الاستلزام لان الكتابية لو كانت مشركة لما جاز للمسلم التزوج بها الا ترى الى ما سبق من الخلاف
بين الامام وصاحبيه فى حل التزوج بالصابئة حيث جعلوا الخلاف مبنيا على الخلاف فى تحقق الشرك
منهم (قوله وبكارة) فلو شرط البكارة فوجدها ثيبا لزمه الكل أى كل المهر ولا عبرة بالشرط درر غرر
لكن فى الشرنبلالية عن العمادية تزوجها بازيد من مهر مثلها على انها بكر فاذا هى ثيب لا تجب الزيادة
الخ وأقول يمكن حمل ما فى الدرر على ما اذا كان المسمى لها مع شرط البكارة لا يزيد على مهر مثلها فلا يخالف
ما فى الشرنبلالية حينئذ (قوله فى الاشياء المذكورة) ظاهره انه يشترط التساوى فى جميع هذه الاشياء
وليس كذلك ولهذا قال فى النهر فان لم يوجد أحد من قوم أبيها أو من يماثلها فى الاوصاف كلها أو بعضها
فمن الاجانب وفى شرح المجمع وان لم توجد كلها فى قوم أبيها يعتبر الموجود منها وكذا فى البرجندى معللا
بان اجتماع هذه الاوصاف فى امرأتين يتعذر ولهذا لم يذكر فى الخزانة كونهما من بلد واحد ولم يذكر
فى الخلاصة العقل والعصر وفى الظهيرية لم يذكر المال والجمال حموى (قوله وذكر شيخ الاسلام الخ) ينبغى
ترجيحه لان اعتباره بمن يماثلها من قوم امها أولى من ان يعتبر بالاجانب ويمكن تخريج كلام المصنف
عليه فيوافق مذهب الامام بان يقال قوله فان لم يوجد فمن الاجانب محمول على ما اذا لم يوجد من يماثلها
من قوم امها ولهذا نقل السيد الحموى عن البرجندى ما نصه المقصود انه لا يعتبر بالام وقومها مع قوم
الاب لا انها لا تعتبر أصلا حتى تكون أدنى حالا من الاجانب انتهى (قوله وصح ضمان الولى المهر) ولو كان
هو العاقد لانه سفير ومعبر وليس بمباشر بخلاف ما اذا اشترى له شيأ ثم ضمن عنه الثمن للبائع حيث لا يجوز
لانه أصيل فيه فيلزمه الثمن ضمن أولا فاذا أدى الولى من مال نفسه فله ان يرجع فى مال الصغير ان اشهد
انه يؤديه ليرجع وان لم يشهد فهو متطوع استحسانا لكن فى اطلاق الزيلعى الولى مؤاخذة لان عدم
الرجوع عند عدم الاشهاد خاص بالاب بخلاف الوصى وغير الاب من الاولياء اذا ادى بحكم الضمان رجع
وان لم يشهد نهر وقوله بخلاف الوصى يحمل على ما اذا ضمن الصداق بعد موت الولى الذى باشر العقد بان
عقد الولى فمات قبل دفعه الصداق والا فالوصى ليس له ولاية التزويج مطلقا كما سبق بقى انه يشترط
لصحة الضمان صدوره فى صحته وقبول المرأة فى مجلس الضمان فلو كان فى مرضه فان كان الزوج وارثه
لا يصح والاصح من الثلث در وهذا محمول على ما اذا وجد وارث آخر ولم يجز أما اذا لم يوجد له وارث آخر صح
مطلقا وان لم يخرج من الثلث كصحة الوصية للوارث ولو بالكل اذا لم يوجد له وارث آخر كما سيأتى فى محله

وعقلا ودينا) اى ديانة (وبكارة) وهذا
فى البحر اثر أما فى الاماء فمهر مثلها قدر
ما يرغب به وعن الاوزاعى ثلث قيمتها
(فان لم يوجد) من قوم أبيها من كانت
بمثل حالها فى الاشياء المذكورة
او وجدت ولكن لم يكن نكاحها
فى بلدها (فمن الاجانب) من امثالها
ويعتبر وذكر شيخ الاسلام رحمه الله تعالى
انه يعتبر بمهر امرأة من قوم أمها اذا كانت
الصفة عنده وعندهما بالاجنبية
وقيل بامرأة من قبيلة مثل قبيلة ابيها
(وصح ضمان الولى) المهر

ان شاء الله تعالى وانما اشترط فيه القبول فى المجلس لانه شطر عقد وهو لا يتوقف على ماوراء المجلس (قوله وتطالب زوجها) يعنى البالغ ولهذا قال الزيلعى وليس لها ان تطالبه مالم يبلغ ولا تطالب الاب بمهر ابنه الصغير الفقير أما الغنى فيطالب أبوه بالدفع من مال ابنه لامن مال نفسه الا اذا ضمن تنوير وشرحه ولا يرجع اذا ادى عن ابنه الصغير وضمن عنه للعرف بتحمل مهر الصغار الا اذا أشهد فى أصل الضمان انه يدفع ليرجع وقيده فى الفتح بما اذا كان له مال ونظر فيه فى النهر بان فى غاية البيان مما يقتضى جواز الرجوع اذا اشهد مطلقا وان لم يكن له مال (قوله أو وليها) قيد بوليها لانه اذا كان الضامن ولى الزوج فالمطالبة الى ولى الزوج زيلعى وتعقبه فى البحر بان المطالبة عليه لا اليه وجعل الحمل على مجازا بعيد وأشار بصحة ضمان الولى الى صحة ضمان الرسول فى النكاح والوكيل بالاولى فلو ضمن الرسول المهر ثم جحد الزوج الرسالة اختلف المشايخ والصحيح كما فى المحيط انها ان طلبت التفريق ففرق بينهما كان لها على الرسول نصف المهر وان لم تطلب التفريق كان لها جميع المهر ولو زوجه الوكيل على الف من ماله أو على هذا الالف لم يلزمه شئ ولو ضمن المهر لزمه فان كان بغير اذن الزوج فلا رجوع له بخلاف الوكيل بالخلع فانه اذا ضمن البدل عنها رجع به عليها وان لم تأمره بالضمان ولو زوجه الوكيل امرأة على عرضه جاز فان هلك فى يد الوكيل رجعت بقيمته على الزوج ولو اشترى الاب له ماتوكل ونقد من مال نفسه رجع فى ماله لعدم العرف بحر ونهر (قوله ولها منعه) أشار به الى انها بالغة فلو كانت صغيرة فللولى المنع حتى يقبض مهرها وتسليمها نفسها غير صحيح فللولى استردادها وليس لغير الاب والجد ان يسلمها الى الزوج قبل ان يقبض الصداق من له ولاية قبضه فان سلمها فهو فاسد وترد الى بيتها بحر عن التجنيس (قوله من الوطء) والدواعى والاخراج من بيتها أو بلدها وهو أولى من تخصيصه بالاخراج من البلد كما فى الهداية وجرى عليه الزيلعى وغيره نهر وانما كان لها منعه للمهر ليتعين حقها فى البدل كما تعين حق الزوج فى المبدل كما فى البيع وفى النهر عن البدائع واذا كان الثمن عينا يسلمان معا وههنا يقدم تسليم المهر على كل حال سواء كان دينا أو عينا لان القبض والتسليم معا متعذر ولا تعذر فى البيع انتهى (قوله للمهر) أى لاستيفاء قدر ما يعجل لمثلها عرفا به يفتى لان المعروف كالمشروط ان لم يوجد داء فكما شرط لان الصريح يفوق الدلالة الا اذا جهل يعنى العرف فيجب حالا ولها النفقة بعد المنع ولها السفر والخروج من بيت زوجها بلا اذنه مالم تقبضه أى المعجل فلا تخرج الا لحق لها أو عليها أو لزيارة أبويها كل جمعة مرة أو المحارم كل سنة اولكونها قابلة أو غاسلة لا فيما عدا ذلك وان اذن كانا عاصيين والمعتمد جواز الحمام بلا تزين در عن الاشباه بقى ان يقال هل له منعها من الخروج اذا اوفاها المعجل وان كانت قابلة أو غاسلة لم أره والظاهر ان له ذلك وان شرطت عليه فى صلب العقد الخروج لذلك لانه شرط لا يقتضيه العقد فكان باطلا (تتمة) هل دخل عليه السلام الحمام ذكر أئمتنا انه دخل الحمام بالجحفة وقال لا يعبأ الله باوساخنا شيئا لكن ذكر الابيارى شارح الكنز انه لم يدخل على الاصح ذكر ذلك فى شرحه للجامع الصغير عند قوله عليه السلام اتقوا بيتا يقال له الحمام (قوله لاجل ان تستوفى المهر المعجل) مفهومه انه ليس لها منعه لاستيفاء كل المهر حيث لم يشترط تعجيل الكل بان اشترط تعجيل البعض أولم يشترط وكان العرف بتعجيل البعض ولهذا قال صدر الشريعة ولا لها المنع لقبض الكل فى المختار وهذا الحكم قد فهم مما تقدم فانه قال أو قدر ما يعجل الى قوله ان لم يبين فتقييد ولاية المنع بقدر المعجل يدل بطريق المفهوم على انه ليس لها المنع لقبض الزائد على هذا ولا خلاف فى ان التخصيص بالذكر فى الروايات يدل على نفى الحكم عما عداه انتهى قال شيخنا نقول اهل الاصول هنا فى الادلة الفاسدة ان التخصيص بالذكر لا يدل على نفى الحكم عما عداه يعنى ان مفهوم المخالفة ليس بحجة عندنا فى كلام الشارع دون روايات الفقهاء انتهى (قوله وهو دستيمان) ينظر معنى هذه الكلمة حموى ثم رأيت معزيا للقاضيخان ما يفيد ان دستيمان هو الذى تعورف تعجيله من المهر (قوله

(وتطالب زوجها أو وليها) يعنى ان المرأة بالخيار ان شاءت طالبت زوجها بالصداق بحكم النكاح وان شاءت طالبت وليها بحكم الضمان كما فى سائر الكفالات فان أدى الولى يرجع على الزوج ان كان بامره وان ضمن بغير أمره لا يرجع (ولها منعه من الوطء والاخراج للمهر وان وطئها) اى يجوز للمرأة ان تمنع الزوج عن الدخول بها وتمنعه ان يسافر بها الاجل ان تستوفى المهر المعجل وليس للزوج ان يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة اهلها حتى يوفيها المهر المعجل وهو دستيمان

(قوله الا اذا جهل يعنى العرف الخ عبارة الدر الا اذا جهل الاجل جهالة فاحشة فيجب حالا غاية الا التأجيل لطلاق او موت فيصح للعرف بزازية انتهت كتبه مصححه الجراوى

مطلب مفهوم المخالفة ليس بحجة فى كلام الشارع دون روايات الفقهاء

وان كان المهر كله مؤجلا) ولو بعد العقد كما فى النهر وسواء كان الاجل معلوما او مجهولا جهالة غير متفاحشة كالحصاد ونحوه بخلاف المتفاحشة كالى الميسرة وهبوب الريح حيث يكون المهر حالا كذا ذكره الكمال ويخالفه ما فى الدرر حيث قال ليس لها حبس نفسها فيما تعورف تأخيره الى الميسرة شرنبلالية وقولهم ان التأجيل بالطلاق او الموت صحيح على الصحيح وبالطلاق ولو رجعيا يتعجل ولو راجعها لا يتأجل يعنى اذا كان التأجيل الى الطلاق اما اذا كان التأجيل الى مدة معينة لا يتعجل بالطلاق بحر فلو كان المؤخر منجما على السنين فطلقها يبقى على تأجيله واعلم ان فى عبارة الدرر خللا حيث قال لها منعه لاخذ ما بين تعجيله او اخذ قدر ما يعجل لمثلها من مهر مثلها عرفا غير مقيد بالربع او الخمس ان لم يؤجل كله الخ فقوله من مهر مثلها صوابه من مثل مهرها كما فى الوقاية عزمى زاده ووجهه ان الكلام مفروض فيما اذا كان المهر مسمى ثم اعلم ان ماذكره فى الشرنبلالية حيث قال قوله لاخذ ما بين تعجيله قال الكمال أى اذا لم يشترط الدخول فى العقد قبل حلول المهر فان شرطه فليس لها الامتناع بالاتفاق انتهى لا يناسب ذكره فى هذا المقام لان كلام الكمال تقييد للخلاف الآتى فى كلام الشارح وهو قوله وان كان المهر كله مؤجلا ليس لها ان تمنع نفسها وله ان يدخل بها فى الحال وقال أبو يوسف ليس له ان يدخل بها حتى يوفيها مهرها وصاحب الدرر لم يتعرض لذكر هذا الخلاف حتى يحسن تقييده بكلام الكمال فاللائق بكلام الدرر عدم ذكره (قوله وقال أبو يوسف ليس له الخ) لان الاستمتاع بمقابلة تسليم المهر فاذا طلب تأجيل المهر كله فقد رضى باسقاط حقه فى الاستمتاع واختار بعضهم الفتوى به زيلعى بقى ان يقال ما جعله الشارح قولا لابى يوسف يخالفه ما فى النهر حيث قال وعن الثانى ان لها الامتناع قال الولوالجى وبه يفتى استحسانا وفى الخلاصة كان الاستاذ ظهير الدين يفتى بالاول والصدر الشهيد بالثانى انتهى (قوله أى لها منعه منهما) وان وطئها عند أبى حنيفة لان كل وطئة معقود عليها يعنى ابانة لشرف البضع فتسليم البعض لا يوجب تسليم الباقى در (قوله خلافا لهما) لان المعقود عليه صار مسلما بالوطئة او بالخلوة ولهذا يتأكد جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع وله انها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطئة تصرف فى البضع المحترم فلا يخلو عن العوض ابانة لخطره والتأكيد بالوطئة الواحدة لجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم مالم يوجد فاذا وجد صار معلوما فتحققت المزاحمة وصار المهر مقابلا بالكل كالمدبر اذا جنى جناية يدفع المولى قيمته لولى الجناية ثم اذا جنى اخرى يتبع ولى الجناية الثانية ولى الاولى لتحقق المزاحمة زيلعى (قوله وكثير من المشايخ الخ) وقيل اذا كان مأمونا عليها له السفر بها والا لا وظاهر كلام الولوالجى يشير الى ان الاختلاف فى هذه المسئلة اختلاف عصر وزمان شيخنا عن انفع الوسائل (قوله وان كان طويل الذيل) كناية عن الغنى والشرف حموى (قوله ولكن ينقلها الى القرى) يعنى فيما دون مدة السفر تنوير وهو باطلاقه يشمل ما لو كان من قرية الى قرية كما سيجئ او من المصر الى القرية على ما هو الصواب خلافا لمن فرق نهر عن القنية وتنوير أيضا وعلله فى الدرر بانه ليس بغربة وقيده فى التتارخانية بما اذا امكنها الرجوع قبل الليل واطلقه فى الكافى قائلا وعليه الفتوى اه ومنه تعلم ان ما ذكره الشيخ الشلبى من ان له ان ينقلها من المصر الى القرية وعزاه الى الشارح باعتبار استفادته من اطلاق كلامه اذ لم يذكر ذلك صريحا فتدبر (قوله وعليه الفتوى) راجع لقوله وكثير من المشايخ لا لقوله لكن فتأمل حموى عن بعض الفضلاء وعليه فلا يكون قوله لكن الخ مرتبطا بقوله وكثير من المشايخ الخ ولما كان الظاهر من سياق كلامه ارتباط قوله ولكن بما ذكر قبله امر السيد بالتأمل شيخنا والحاصل انه ليس له ذلك جبرا عليها وبه جزم البزازى وغيره قال فى النهر وهو الذى عليه العمل فى ديارنا وما شنع به ظهير الدين من ان الاخذ بكتاب الله تعالى أولى من الاخذ بقول الفقيه رد بان الكتاب مقيد بعدم المضارة بقوله ولا تضاروهن ولا شك ان فى النقل الى غير بلدها مضارة انتهى وفى الدر عن الفصول يفتى بما يقع عنده من المصلحة (قوله ولو اختلفا فى قدر

وان كان المهر كله مؤجلا ليس لها ان تمنع نفسها وله ان يدخل بها فى الحال فاذا حل الاجل دفع مهرها وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى ليس له ان يدخل بها حتى يوفيها مهرها قوله وان وطئها اى لها منعه منهما وان وطئها عند ابى حنيفة خلافا لهما والخلاف فيما اذا وطئها طائعة وهى من اهل التسليم حتى لو دخل بها مكرهة أو صغيرة او مجنونة لا يسقط حقها فى الحبس اجماعا وعلى هذا الخلاف اذا خلا بها برضاها وينبنى على هذا استحقاق النفقة اذا منعت نفسها وعنده لها النفقة وعندهما لا نفقة لها واذا اوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء وكثير من المشايخ على انه ليس للزوج ان يسافر بها فى زماننا وان اوفاها المهر لان الغريب يؤذى ولو كان طويل الذيل ولكن ينقلها الى القرى ان احب وعليه الفتوى وله ان ينقلها من القرية الى المصر ومن القرية الى القرية (ولو اختلفا فى قدر المهر

المهر) نقدا كان او مكيلا أو موزونا ولو دينا ولم يقيده بحال الحياة لان اختلافهما لا يتصور الا كذلك قيد بالاختلاف فى قدره لانه لو كان فى جنسه بان قالت تزوجتنى على عبد فقال بل على جارية أو صفته من الجودة أو الرداءة أو نوعه كالتركى أو ذرعه ان كان مذروعا والمسمى عين أو اختلفا فى قيمته وهو هالك فالقول للزوج ولا يتحالفان ولو كان دينا فهو كالاختلاف فى الاصل نهر واراد بقوله ولو دينا أى ولو كان المذروع دينا الى ذلك أشار شيخنا فهو تصريح بمفهوم قوله سابقا أو ذرعه ان كان مذروعا والمسمى عين وأشار بقوله كالاختلاف فى الاصل الى وجوب مهر المثل كما سيأتى فى كلام المصنف واعلم انه استفيد من النهر انه يفصل فى الاختلاف فى قدر المهر اذا كان دينا أى موصوفا فى الذمة بان يقال ان كان ذلك الدين أى الموصوف فى الذمة الذى وقع الاختلاف فى قدره من المذروع يجب مهر المثل وان كان من المكيل أو الموزون يحكم مهر المثل واستفيد هذا من قوله أولا ولو اختلفا فى قدر المهر نقدا كان أو مكيلا أو موزونا ولو دينا الخ أى ولو كان المكيل أو الموزون الذى اختلفا فى قدره دينا أى موصوفا فى الذمة حكم مهر المثل واستفيد وجوب مهر المثل فيما اذا كان المذروع الذى اختلفا فى قدره دينا أى موصوفا فى الذمة من قوله ثانيا ولو كان دينا أى ولو كان المذروع دينا فهو كالاختلاف فى الاصل أى فى وجوب مهر المثل فعلى هذا يفرق فى الدين بين المذروع وغيره من المكيل أو الموزون لكن يعكر على هذا الفرق ما ذكره فى البحر حيث قال وحاصل الاختلاف فى القدر انه لا يخلو اما ان يكون المهر دينا أو عينا فان كان دينا موصوفا فى الذمة بان تزوجها على مكيل موصوف أو موزون أو مذروع كذلك فاختلفا فى قدر الكيل أو الوزن أو الذرع فهو كالاختلاف فى قدر الدراهم والدنانير الخ فعلى ما ذكره فى البحر اذا اختلفا فى قدر المهر وكان دينا يحكم مهر المثل مطلقا بلا فرق بين المذروع وغيره فليحرر (قوله حكم مهر المثل) سواء كان الاختلاف حال قيام النكاح أو بعد الفرقة قبل الدخول حموى وتقييده بما قبل الدخول لما سيأتى من قول المصنف والمتعة لو طلقها قبل الوطء (قوله اعلم ان الاختلاف فى المهر لا يخلو الخ) هذا التقسيم باعتبار مطلق الاختلاف (قوله فى حال الحياة أو بعده) الضمير فى بعده يرجع للحال لا للحياة ولهذا ذكر الضمير لان الحال مما يذكر ويؤنث حموى (قوله بعد الطلاق أو قبله) صوابه بعد الدخول أو قبله كما فى الفتح كذا قيل وأقول لا وجه لهذا التصويب لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بالطلاق بعد الدخول كما فى الزيلعى وما ذكره فى الفتح لا دلالة فيه على ما ذكر والحاصل ان كلا من عبارة الشارح والفتح مستقيمة ولا تنافى بين العبارتين اذ قول الشارح بعد الطلاق يحمل على ما لو كان الطلاق بعد الدخول وقوله فى الفتح أو قبل الدخول يحمل على ما اذا كان قبل الطلاق ومن هنا ظهر ان ما ذكر من التصويب الثانى فى قول الشارح قبل الطلاق حيث قال صوابه قبل الوطء لا وجه له أيضا غايته ان التقييد بما قبل الطلاق اتفاقى حتى لو كان بعده وبعد الدخول حكم مهر المثل أيضا لان اعتبار مهر المثل لا يسقط الا بالطلاق قبل الدخول (قوله فان مهر المثل يجعل حكما) قال مشايخنا هذا كله اذا لم تسلم نفسها فان سلمت نفسها ثم وقع الاختلاف فى حال الحياة أو بعد الموت فانه لا يحكم مهر المثل بل يقال لها لا بد ان تقرى بما تعجلت والا حكمنا عليك بالمتعارف ثم يعمل فى الباقى كما ذكرنا لانها لا تسلم نفسها الا بعد قبض شئ من المهر عادة زيلعى ولا يصح ان يراد بالموت موتهما بل موت أحدهما لما سيأتى فى الشارح وغيره كالزيلعى ان حكم الاختلاف بعد موت أحدهما كالاختلاف حال حياتهما وعبارة الزيلعى فيما سيأتى ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما فالجواب فيه كالجواب فى حياتهما بالاتفاق لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت أحدهما وكذا لو طلقها بعد الدخول اهـ فقوله فى البحر بعد ان نقل عن المحيط ما قدمناه عن الزيلعى ومحله فيما اذا ادعى الزوج ايصال شئ اليها يعنى ورثة الزوج فهو على حذف مضاف ويصح ان يكون التجوز فى جانبها بان يراد بالاقرار فى قولهم اما ان تقرى الخ ما هو الاعم من اقرارها أو اقرار ورثتها وبه يسقط ما ذكره فى الشرنبلالية من ان ذلك لا يتأتى فى حال موتهما الا ان مبناه على توهم ان المراد بالموت فى كلام الزيلعى

حكم مهر المثل) اعلم ان الاختلاف فى المهر لا يخلو اما ان يكون فى حال الحياة او بعدها وحال الحياة لا يخلو اما ان يكون بعد الطلاق او قبله وكل ذلك لا يخلو اما ان يكون الاختلاف فى اصل المسمى اكان اولم يكن او فى مقدار المسمى كم كان فان كان الاختلاف فى حال الحياة قبل الطلاق فى مقدار المسمى فان مهر المثل يجعل حكما عند ابى حنيفة ومحمد فان شهد لاحدهما فالقول قوله مع يمينه فان ادعى الزوج الالف والمراة تدعى الفين ومهر المثل الف أو أقل فالقول قول الزوج مع يمينه فى انكار الزيادة فان قيل اذا اختلف المتبايعان فى الثمن وقيمة المبيع تشهد لاحدهما لا يعتبر قوله قلنا القيمة لا يمكن اثباتها عند اطلاق العقد ومهر المثل يمكن اثباته عند اطلاق العقد فافترقا

وغيره

وغيره كالمحيط موتهما وليس كذلك ولهذا نقل فى الدر ما ذكره فى البحر وأقره وكذا فى النهر وكيف يتوهم هذا مع ان ما ذكره المشايخ وقع تقييدا للحكم الذى ذكره المصنف وهو تحكيم مهر المثل وتحكيم مهر المثل خاص بالاختلاف حال الحياة او بعد موت أحدهما كما ذكره الشارح وغيره بخلاف الاختلاف بعد موتهما حيث لا يحكم فيه مهر المثل بل القول فيه لورثة الزوج ان وقع الاختلاف فى القدر ولمن ينكر التسمية ان كان الاختلاف فى اصل التسمية فان قلت يمكن ان يتجه ما ذكره فى الشرنبلالية باحتمال ان يكون ما ذكره المشايخ تقييدا لمذهب الصاحبين فى الاختلاف فى اصل التسمية بعد موتهما فانهما يوجبان مهر المثل كما سيأتى قلت هذا الاحتمال لا يتصور من وجهين اما اولا فلان المصنف لم يتعرض لبيان الحكم عند الصاحبين ومن المعلوم ان التقييد انما هو للحكم الذى ذكره المصنف وهو تحكيم مهر المثل واما ثانيا فلان الحكم عند الصاحبين فى هذه المسئلة ليس تحكيم مهر المثل بل وجوب مهر المثل من غير تحكيم والكلام انما هو فى تحكيم مهر المثل (قوله فان نكل اعطاها ألفين) لاقراره او بذله بالنكول زيلعى (قوله ولو اقاما البينة فبينتها اولى) لاثباتها خلاف الظاهر لان مهر المثل شاهد له اذ الكلام فيه بقرينة قوله عقب هذا وان كان مهر مثلها ألفين او اكثر الخ والحاصل انه ان اقاما البينة فبينة من لم يشهد له الظاهر اولى كما ذكره الزيلعى جازما به ويتفرع عليه ما لو اقاما البينة وكان مهر المثل شاهدا لها قدمت بينته لاثباتها خلاف الظاهر وان كانت بينتها تثبت الزيادة وسيأتى من الشارح حكاية الخلاف بقوله وقيل بينتها وما وقع فى خط العينى من قوله وان أقاما معا فبينة من يشهد له الظاهر اولى صوابه من لم يشهد كما هو فى بعض النسخ شيخنا (قوله فالقول قولها مع يمينها) حاصله ان القول قول من يشهد له الظاهر على عكس اقامة البينة (قوله فان نكلت وجب لها الالف) الذى اقر الزوج به تسمية لاقرارها به تبيين (قوله والف باعتبار مهر المثل) لا باليمين (قوله وان قام الزوج البينة على ان المسمى الف قبلت بينته) لاثباتها خلاف الظاهر لان مهر المثل شاهد لها (قوله وان اقامت المرأة البينة قبلت أيضا) لاثباتها الزيادة لا لانها اثبتت خلاف الظاهر لما ان الكلام فيما اذا شهد مهر المثل لها فعدم اعتبار اثبات خلاف الظاهر عند عدم تعارض البينتين مما لا خلاف فيه الا ترى ان الزوج لو اقام البينة قبلت سواء شهد مهر المثل له اولها بخلاف اقامة المرأة البينة فانها لا تنفك عن اثبات احد امرين اما خلاف الظاهر اذا كان مهر المثل شاهدا له او الزيادة ان لم يشهد له أعم من ان يكون شاهدا لها او لم يكن بان كان بينهما كما سيأتى (قوله فان اقاما البينة فبينته أولى) لاثباتها خلاف الظاهر والحط اذ الظاهر وهو كون مهر مثلها الفين او اكثر شاهد لها شيخنا (قوله وقيل بينتها) نظرا الى أنها أكثر اثباتا لكن جزم الزيلعى وغيره بالاول ومحصله انه ان اقام كل منهما البينة ينظر ان كان مهر المثل شاهدا للزوج قبلت بينتها اتفاقا لاثبات خلاف الظاهر واثبات الزيادة أيضا وان شهد لها قبلت بينته على الراجح لاثبات خلاف الظاهر وقيل بينتها لانها اكثر اثباتا (قوله وان كان مهر المثل ألفا وخمسمائة) لم يرد خصوص الالف والخمسمائة بل اراد به ما اذا لم يشهد لواحد منهما بأن كان فوق الالف ودون الالفين (قوله يحلف على دعوى صاحبه) أى على نفى دعوى صاحبه فهو على حذف مضاف (قوله ويجب ان يقرع بينهما) يحب بالحاء المهملة أى يندب قال فى النهر عن غاية البيان ويندب ان يقرع بينهما واختار كثير ان الاولى البداءة بيمين الزوج لان اول التسليمين عليه فيكون اول اليمينين عليه كتقديم المشترى فى التحالف (قوله وجب الالف المسمى به) اى بالنكول (قوله وان حلفا وجب الف تسمية) لاتفاقهما عليه ٢ (قوله والف باعتبار مهر المثل) فيخير الزوج بين جعلها دراهم او دنانير (قوله وان أقاما البينة قضى بألف وخمسمائة) وتهاترت البينتان فى الصحيح لاستوائهما فى الدعوى والاثبات ثم يجب مهر المثل كله فيتخير فيه بين دفع الدراهم والدنانير بخلاف التحالف لان بينة كل واحد تنفى تسمية صاحبه فخلا العقد عن التسمية فيجب مهر المثل ولا كذلك التحالف لان وجوب قدر ما يقر به الزوج بحكم الاتفاق والزائد بحكم مهر المثل كذا ذكره

(٢ قوله والف الخ عبارة الشارح وخمسمائة فليتأمل اهـ مصححه)

فان نكل أعطاها ألفين على سبيل التسمية ولا خيار للزوج فى ان يجعلها دراهم أو دنانير وان حلف أعطاها ألفا على سبيل التسمية أيضا فان أقامت المرأة البينة قبلت بينتها وثبت ان المسمى ألفان وان أقام الزوج البينة (ان المسمى الف) قبلت أيضا وثبت ان المسمى الف ولو أقاما البينة فبينتها أولى وان كان مهر مثلها ألفين أو أكثر فالقول قولها مع يمينها فيما أنكرت من الحط عن مهر المثل فان نكلت وجب لها الالف فان حلفت لم يثبت الحط ووجب لها ألفان ألف مسمى باتفاقهما وألف باعتبار مهر المثل فيخير الزوج فى الالف الذى وجب باعتبار مهر المثل ان شاء جعلها دنانير وان شاء جعلها دراهم وان أقام الزوج البينة على ان المسمى الف قبلت بينته وان أقامت المرأة قبلت أيضا فان أقاما البينة فبينته أولى وقيل بينتها أولى وان كان مهر المثل ألفا وخمسمائة فان كل واحد منهما يحلف على دعوى صاحبه فيحلف الزوج على دعوى المرأة الزيادة على مهر المثل وتحلف المرأة على دعوى الزوج الحط عن مهر المثل ويجب ان يقرع بينهما فى البداءة لعدم رجحان أحدهما فان نكل الزوج وجب الالفان تسمية وان نكلت وجب الالف المسمى به وان حلفا وجب الف تسمية وخمسمائة باعتبار مهر المثل وأيهما أقام البينة قبلت وان أقاما البينة قضى بألف وخمسمائة وهذا الذى ذكرنا انه يحكم مهر المثل ثم يتحالفان

الكرمانى وذكر قاضيخان أنه يجب قدر ما اتفقا عليه على أنه مسمى والزائد على أنه مهر المثل فيتخير فى الزائد
كما فى التحالف زيلعى والظاهر الاول بحر (قوله هو قول الرازى) صححه فى النهاية وقال قاضيخان انه
الاولى نهر ووجهه انا لانحتاج الى مهر المثل لان نوجبه بل لنصحح به ما سمياه فلاحاجة الى التحالف مع ان
المذكور فى شرح الجامع الصغير تخريج الرازى زيلعى واراد بقوله هو قول الرازى أى وجوب التحالف
فى فصل واحد وهو ما اذا خالف مهر المثل قولهما فاذا وافق قول أحدهما فالقول قوله مع يمينه من غير
تحالف والرازى هو الشيخ ابو بكر الجصاص احمد بن على الرازى من كبار علمائنا العراقيين وهو بالمرتبة
العليا والدرجة القصوى فى العلم والورع صاحب التصانيف فى الاصول والفروع وغير ذلك وشارح
كتب اصحابنا وكان مولده سنة خمس وثلثمائة ومات سنة سبعين وثلثمائة شيخنا عن الغاية (قوله
وقال الكرخى الخ) به جزم المصنف فى باب التحالف حيث قال لو اختلفا فى المهر قضى لمن برهن وان برهنا
فللمرأة وان عجزا تحالفا ولم يفسخ النكاح بل يحكم مهر المثل فيقضى بقوله لو كان كما قال او اقل وبقولها
لو كان كما قالت او اكثر وبه لو بينهما والكرخى هو الشيخ ابو الحسن عبيد الله بن الحسين الكرخى استاذ
المحققين وعلمه وورعه واجتهاده وتصانيفه اشهر من الشمس وهو استاذ أبى بكر الرازى ولد سنة ستين
ومائتين وتوفى سنة اربعين وثلثمائة شيخنا عن غاية البيان (قوله ثم يحكم مهر المثل) فالخلاف فى شيئين
ظاهرين من كلام الشارح (قوله الاصح قول الكرخى) قال فى البحر ولم ار من رجح تخريج الرازى والذى
رجحه فى المبسوط والمحيط تخريج الكرخى فيحمل كلام المصنف عليه ليطابق ما صرح به فى التحالف قال
فى النهر وتقديم الزيلعى وغيره تبعا لصاحب الهداية ما خرجه الرازى يوذن بترجيحه وصححه فى النهاية
وقال قاضيخان انه اولى ولم يذكر فى شرح الجامع الصغير غيره واختيار المصنف له هنا لا ينافى اختيار غيره
فى مواضع أخر انتهى لكن فى قوله واختيار المصنف له هنا الخ نظر لان كلام المصنف يحتمل كلا من
التخريجين وليس فى كلامه هنا ما يقتضى اختيار أحدهما فيحمل على تخريج الكرخى ليطابق ما ذكره فى
التحالف ولهذا والله أعلم قال الحموى بعد نقل كلام النهر وهو كلام اقناعى (قوله وحكم المتعة الخ) هذا
اذا كان المسمى دينا وان كان عينا كالعبد والجارية كان لها المتعة الا ان يرضى الزوج بأن تأخذ
نصف الجارية لان نصف الالف هناك ثابت بيقين لاتفاقهما على تسمية الالف فكان القضاء بنصفها
حكما بالمتيقن وتمليك نصف الجارية ليس ثابتا بيقين لعدم اتفاقهما فلم يمكن القضاء بنصف الجارية الا
باختياره فاذا لم يوجد سقط البدلان فوجب الرجوع الى المتعة بحر ونهر عن البدائع (قوله قبل الوطء
بها) كذا فى النسخ وصوابه والخلوة بها حموى (قوله بعد الاختلاف) متعلق بقول المصنف طلقها حموى
(قوله فان شهدت الخ) أنث الشارح الفعل لكون المرجع مؤنثا وهو المتعة وما فى الدرر من تجريده عن
علامة التأنيث لعله باعتبار تأويل المتعة بالتمتع شيخنا عن عزمى زاده (قوله وهو جواب كتاب الجامع
الكبير) أى تحكيم المتعة بعد الطلاق قبل الدخول (قوله واما جواب الجامع الصغير الخ) ووفق
بينهما بانه وضع المسئلة فى الاصل فى الالف والالفين ومتعة مثلها لا تبلغ نصف الالف الذى يقر به الزوج
عادة فلا يفيد التحكيم ووضعها فى الجامع الكبير فى العشرة والمائة ومتعة مثلها تزيد على نصف العشرة
عادة فيفيد التحكيم والمذكور فى الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور
فى الاصل وكذا المذكور فى هذا الكتاب ساكت عن ذكره فيحمل على ما هو المذكور فى الجامع الكبير
زيلعى لكن فى النهر عن البدائع صدر بتحقيق الخلاف وصحح ان القول للزوج ثم حكى التوفيق (قوله
وقال أبو يوسف القول قوله بعده وقبله) أى بعد الطلاق وقبله حموى وذكر شيخنا ما نصه الضميران
للطلاق انتهى وما قيل من ان الصواب بعد الوطء وقبله لا وجه له لابى يوسف ان المرأة تدعى زيادة
والزوج ينكرها والقول قول المنكر ولان الاصل براءة الذمة الا اذا كذبه الظاهر ولان تقوم منافع
البضع ضرورى فتى امكن ايجاب شئ لا يصار الى مهر المثل فصار كالخلع والعتق والصلح عن دم العمد

هو قول الرازى وقال الكرخى
يتحالفان اولا فى الفصول الثلاثة
ثم يحكم مهر المثل وقال شمس
الائمة السرخسى الاصح قول الكرخى
(و) حكم (المتعة) التى لها (لو طلقها
قبل الوطء) بها بعد الاختلاف قول
او اختلفا بعد الطلاق على قياس قول
ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فان
شهدت لاحدهما فالقول له مع يمينه
وان كانت بين الامرين بان كانت اقل
مما ادعته واكثر مما ادعاه حلف كل واحد
منهما على دعوى صاحبه وهو جواب
كتاب الجامع الكبير واما جواب الجامع
الصغير والاصل فان القول قول
الزوج فى نصف المهر وقال ابو يوسف
القول قوله بعده وقبله الا ان يأتى بشئ
قليل ثم اختلفوا فى معنى قوله قال
بعضهم

على مال وكالاجارة ولهما ان القول فى الدعاوى قول من يشهد له الظاهر والظاهر يشهد لمن يشهد له
مهر المثل فصار كالصباغ مع صاحب الثوب اذا اختلفا فى مقدار الاجر تحكم قيمة الصبغ زيلعى وقوله
وكالاجارة أى فانه لا يحكم فيها باجرة المثل شلبى (قوله ان يدعى ما دون العشرة) لانه مستنكر شرعا قال
الوبرى هذا اشبه بالصواب زيلعى واختاره فى فتح القدير بحر (قوله والاصح ان مراده الخ) لانه مستنكر
عرفا قال قاضيخان وهو الاصح زيلعى (قوله ولو فى أصل المسمى) يجب مهر المثل اتفاقا سواء كان ذلك
فى حياتهما أو بعد موت أحدهما ولو بعد الطلاق قبل الدخول وجبت المتعة لانه هو الاصل عندهما
وعند الثانى تعذر القضاء بالمسمى فيصار اليه كذا فى الهداية واستشكله الزيلعى بان محمدا مع الثانى فى
ان المسمى هو الاصل كما صرح به فيما اذا تزوجها على هذا العبد او هذا العبد واجاب فى البحر بأنه اصل
فى التحكيم لا بالنسبة الى المسمى وقد مر فيما لو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد ما يغنيك عن هذا
الجواب وما فيه من التعسف نهر قلت ما اعترض به الزيلعى على الهداية وقع فيه هو حيث قال فى بيان
رد قول أبى يوسف ان القول للزوج الا ان يأتى بشئ قليل لان المرأة تدعى زيادة والزوج ينكرها ولهما
ان القول فى الدعاوى قول من يشهد له الظاهر والظاهر يشهد لمن يشهد له مهر المثل اذ هو الموجب
الاصلى فى باب النكاح انتهى فجعل محمدا مع أبى حنيفة فى ان مهر المثل هو الموجب الاصلى (قوله يجب
مهر المثل اجماعا) اما عندهما فظاهر لان احدهما يدعى التسمية والآخر منكر فالقول قول المنكر وكذا
عند أبى يوسف لتعذر القضاء بالمسمى بخلاف ما تقدم لانه امكن القضاء بالمتفق عليه وهو الاقل ما لم يكن
مستنكرا زيلعى واذا وجب مهر المثل لا يزاد على ما تدعيه ولا ينقص عما ادعاه ويحلف منكر التسمية
بالاجماع وما فى صدر الشريعة من انه لا يحلف عند الامام وهم فان نكل ثبت المسمى وان حلف وجب
مهر المثل نهر وقوله لا يزاد على ما تدعيه يعنى لو ادعت هى التسمية وانكرها الزوج فلا يشكل بقوله
ولا ينقص عما ادعاه لانه يجب حمله على ما اذا كان بعكس ما سبق بان ادعى هو التسمية وانكرتها هى
فسقط ما عساه يقال فى قوله لا يزاد على ما تدعيه ولا ينقص عما ادعاه نظر لانه يقتضى ان الاختلاف فى
المقدار مع ان الكلام انما هو فيما اذا كان الاختلاف فى اصل المسمى هل كان ام لا (قوله فالجواب فيه
كالجواب فى حال حياتهما الخ) بالاتفاق لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت احدهما وكذا لو طلقها
بعد الدخول كما سبق عن الزيلعى (قوله فى الاصل والمقدار) فان كان الاختلاف بين الحى وورثة
الميت فى الاصل بأن ادعى الحى ان المهر مسمى وورثة الآخر انه غير مسمى او بالعكس وجب مهر المثل
وان كان الاختلاف فى المقدار حكم مهر المثل (قوله حق التركيب فلو) لان الواو توهم ان الشرط
واصل والواصل لا يذكر له جواب وهنا الجواب مذكور حموى (قوله ويجوز ان تكون لو للوصل)
وجهه ان ذكر الجواب لا يمنع كون الشرط واصلا وان كان الاكثر عدم الذكر حموى وقوله فى النهر
ولو كان الاختلاف فى القدر فضلا عن كونه فى اصل المسمى يشير الى انها للوصل وأقول جعلها للوصل
يقتضى ان ما ذكره المصنف من ان القول لورثته لا فرق فيه بين ان يكون الاختلاف فى القدر أو الاصل
وليس كذلك لانهم ان اختلفوا فى اصل التسمية بعد موتهما فعند أبى حنيفة القول لمن ينكر التسمية
وعندهما يقضى بمهر المثل كما سيأتى فيتعين التعبير بالفاء بدل الواو أو حذف الواو اصلا ومن هنا تعلم ما فى
عبارة العينى من الخلل والتناقض اما الخلل فوجهه ما ذكر بعد ان قال فكلمة لو واصلة بما قبله حيث
قال فالتقدير القول لورثته لو كان فى اصل المسمى ولو كان فى القدر أيضا القول قول ورثة الزوج فقد
سوى فى ان القول قول ورثة الزوج سواء كان الاختلاف فى اصل المسمى او فى المقدار وليس كذلك
ألا ترى الى قول الزيلعى أى ان مات الزوجان ووقع الاختلاف بين الورثة فى مقدار المسمى فالقول
لورثة الزوج الى ان قال ولو وقع الاختلاف بعد موتهما فى اصل التسمية فالقول قول من ينكر وأما وجه
التناقض فقوله آخرا وان اختلفت ورثتهما فى نفس التسمية فان قالت ورثة الزوج لم يكن مهر وقالت

ان يدعى ما دون العشرة والاصح ان مراده
ان يدعى شيئا قليلا يعلم انه لا تتزوج مثل
تلك المرأة بذلك المهر عادة (ولو) اختلفا
(فى اصل المسمى) فى حال الحياة فانكر
احدهما التسمية والآخر ادعاها ولم
يقم البينة على ما ادعى وحلف منكر
التسمية (يجب مهر المثل) اجماعا
وان كان الاختلاف بعد موت احدهما
بان اختلف الحى مع ورثة الميت
فالجواب فيه كالجواب فى حال حياتهما
حال قيام النكاح فى الاصل والمقدار
(وان ماتا) واختلف ورثتهما (ولو)
كان الاختلاف حق التركيب ولو
ويجوز ان تكون لو للوصل (فى القدر

ورثة المرأة كان المهر مسمى فالقول قول من ينكر التسمية الخ ومحصله ان الصواب الموافق لكلام الشراح ماذكره آخرا (قوله فالقول لورثته) فما اعترفوا به لزمهم والا لا وجعله كالاختلاف فى حياتهما فان فى القدر حكم مهر المثل على قول محمد وأبو يوسف مر على اصله فى ان القول للزوج وبخلاف الوارث الا ان يأتى بشئ قليل نهر (قوله ولا يحكم بمهر المثل) واصل الخلاف انه لا حكم لمهر المثل بعد موتهما عنده وعندهما له حكم زيلعى (قوله وليس فى قوله استثناء القليل الى قوله وجاز ان يستثنى القليل عنده) الظاهر ان المراد بالقليل الذى تردد الشارح فى استثنائه عند الامام خصوص مالا يصلح مهرا لها عرفا لا شرعا بان كان عشرة دراهم فأكثر اذ لو يثبت ورثة الزوج مادون العشرة ينبغى ان لا يتردد فى استثنائه (قوله فى الفضل) أى فيما زاد على مهر المثل (قوله ولا يقضى بشئ) لان موتهما يدل على انقراض اقرانهما ظاهرا فبمهر من يقدر القاضى مهر المثل وفى المبسوط المستحق بالنكاح ثلاثة اشياء المهر المسمى وهو اقواها والنفقة وهى اضعفها ومهر المثل وهو المتوسط فالاقوى لا يسقط بالموت والاضعف يسقط بموت احدهما والمتوسط يسقط بموتهما لا بموت احدهما زيلعى بقى ان يقال ظاهر كلام الزيلعى يقتضى ان النفقة لا تسقط الا بالموت وليس ذلك على اطلاقه بل بالنسبة للنفقة المقررة اما غيرها فبمضى الزمان تسقط وهل الطلاق كالموت تسقط به المقررة أيضا لم أرفيه خلافا واعلم انه يستثنى من سقوط المقررة اى المفروضة بالقضاء اوالرضا بالموت ما اذا استدانت بأمر القاضى (قوله وعندهما يقضى بمهر المثل) الا اذا برهن الوارث على الايفاء او على اقرار ورثتها به لانه كان دينا فى ذمته فلا يسقط بالموت كالمسمى واستدل للامام فى الكتاب على ذلك بقوله أرايت لو ادعى ورثة على على ورثة عمر مهر ام كلثوم بنت على اكنت اقضى فيه بشئ وهذا يشير الى ان عدم القضاء به عند تقادم العهد اما اذا لم يتقادم فانه يقضى به والخلاف مقيد بما اذا لم تقم بينة على المهر فان اقامها الوارث قضى بها على ورثة الزوج وعبارته فى المحيط قال ابو حنيفة لا اقضى بشئ حتى يثبت بالبينة اصل التسمية نهر (قوله وعليه الفتوى) كذا فى قاضيخان شيخنا (قوله ومن بعث الى امرأة شيئا) من النقدين أو العروض او مما يؤكل قبل الزفاف او بعدما بنى بها نهر (قوله وقال هو من المهر) أو الكسوة او عارية نهر (قوله فالقول له) لانه المملك فكان اعرف بجهة التمليك زيلعى وقد أنكره كيف والظاهر انه يسعى فى اسقاط الواجب عن ذمته حموى قال فى الفتح وينبغى ان جميع ماذكر من الحنطة واللوز والدقيق والسكر والشاة الحية وباقيها يكون القول فيها قول المرأة لان المعتاد ارساله على وجه الهدية فالظاهر مع المرأة لا معه ولا يكون القول له الا فى الثياب المحمولة مع السكر ونحوه اه أقول وينبغى ان لا يقبل قوله ايضا فى الثياب المحمولة مع السكر ونحوه للعرف نهر واقول ينبغى ان يكون القول لها فى غير النقود للعرف المستمر هذا اذا لم يذكر مصرفا فان ذكره كقوله اصرفوا بعض الدراهم الى الشمع والبعض الى الحناء ثم قال هى من المهر لم يقبل قوله كما فى القنية قيد بدعواه المهر لانها لو قالت هو منه وقال وديعة فان من جنسه فالقول لها والا له زيلعى (تتمة) زفت اليه بلا جهاز يليق به فان لم يجهزها اصلا او كان قليلا كما فى البحر فله مطالبة الاب بما دفعه اليه من الدراهم أو الدنانير الا اذا سكت طويلا نهر وينبغى ان تكون المطالبة بالكل انما هو فى الوجه الاول بان لم يجهزها أصلا ولو جهز بنته وسلمه اليها ليس له فى الاستحسان استرداده منها وعليه الفتوى ولو اخذ اهل المرأة منه شيئا عند التسليم فله استرداده لانه رشوة بحر عن المنتقى وفى النهر عن المرغينانى الصحيح انه لا يرجع على الاب بشئ لان المال فى النكاح غير مقصود والمختار فى مسئلة الجهاز ان العرف ان كان مستمرا ان الاب يدفع الجهاز ملكا لا عارية كما فى ديارنا فالقول للزوج وان كان مشتركا فالقول للاب اه والام كالاب فى تجهيزها تنوير واستحسن فى النهر تبعا لقاضيخان ان الاب ان كان من الاشراف لا يقبل قوله انه عارية (تكميل) دفعت لابنتها اشياء من امتعة الاب بحضرته وعلمه وكان ساكتا وزفت الى الزوج فليس للاب ان يسترد ذلك من ابنته لجريان العرف به وكذا لو انفقت الام

فالقول لورثته) عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ولا يحكم بمهر المثل وليس فى قوله استثناء القليل وجاز ان يستثنى القليل عنده وعند أبى يوسف القول قول ورثة الزوج فيما أقروا به الا ان يأتوا بشئ قليل وعند محمد القول قول ورثة المرأة الى تمام مهر مثلها والقول لورثة الزوج فى الفضل كما فى حال الحياة وان اختلفوا فى اصل التسمية بعد موتهما فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى القول لمن ينكر التسمية ولا يقضى بشئ وعندهما يقضى بمهر المثل كما فى حال الحياة وعليه الفتوى واذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها ان يأخذوا ذلك من تركة الزوج وان لم يكن سمى لها مهرا فلا شئ لورثتها عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما لورثتها المسمى فى الوجه الاول ومهر المثل فى الثانى (ومن بعث الى امرأته شيئا فقالت هو هدية وقال هو من المهر فالقول له)

فى جهازها ماهو متعارف من مال الاب وهو ساكت لم تضمن وهما من المسائل الثمان والاربعين التى السكوت فيها كالنطق تنوير وشرحه (قوله مع يمينه) فان حلف والمبعوث قائم فلها ان ترده وترجع بباقى المهر وان كان هالكا فان كان مثليا ردت مثله والا لم ترجع ولو بعث الى امرأته شيئا وبعث أبوها اليه شيئا ثم قال هو من المهر فان كان من مال الاب وكان قائما رجع به وان من مال البنت باذنها لم ترجع زيلعى عن الذخيرة قال فى النهر وينبغى ان ترجع ايضا اخذا مما ذكره البزازى فيما اذا كان التعويض من الزوجة حيث كان لها ان ترجع اذا ادعى انه من المهر معللا بان المرأة زعمت أن الاعطاء كان عوضا عن الهبة ولم تثبت الهبة فلا يثبت العوض انتهى ولا خفاء ان هذا التعليل يأتى فى تعويض أبيها من مالها باذنها واقول ما نقله فى النهر عن البزازى نقله الزيلعى ايضا عن فتاوى اهل سمرقند ونصه رجل تزوج امرأة وبعث اليها بهدايا وعوضته المرأة ثم فارقها وقال انما بعثت اليك ذلك عارية فاراد ان يسترد ذلك وارادت المرأة ان تسترد العوض فالقول له فى الحكم لانه انكر التمليك فاذا استرد ذلك منها كان لها ان تسترد ما عوضته انتهى (قوله فى غير المهيا للاكل) وهو ما لا يفسد بالبقاء كالعسل والسمن والشاة الحية نهر فقضى التقييد بالشاة الحية ان اللحم مطلقا نيئا كان أو مشويا من قبيل المهيا للاكل لانه يفسد بالبقاء وهذا هو الظاهر من قول الشارح كاللحم لانه باطلاقه شامل للنئ وتقييده فى الدرر بالمشوى اما ان يقال انه اتفاقى أو ليعلم الحكم فيه بالطريق الاولى لان تسارع الفساد اليه اكثر (قوله فان القول فيه قولها) مع اليمين كما فى الدراية لان الظاهر شاهد لها العرف ومن هنا قال الفقيه المختار ان ما عليه من الخمار والدرع ونحو ذلك لا يقبل قوله فيه لان الظاهر يكذبه بخلاف ما لا يجب كالخف والملاءة لكن هذا انما ينفى احتسابه من المهر أما الكسوة فلا لان الظاهر معه فى هذا واعلم انه يجب خف امتها لا خفها لانها منهية عن الخروج حموى عن البرجندى (قوله وقيل ما يجب عليه من الخمار الخ) قال الفقيه أبو الليث انه المختار للفتوى وقوله وغيرهما كمتاع البيت حموى عن الاكمل (قوله ولو نكح ذمى) شروع فى بيان مهور الكفار بعد مهور المسلمين وما فى غاية البيان بيان لانكحتهم ليس بسهو كما فى البحر لانه اراد انه بيان لحكم انكحتهم ولا شك ان المهر من احكامه نهر وتعقبه الحموى بان التسمية مبنية على الظاهر وأما المراد فلا يدفع الايراد على انه كان الظاهر ان يقال فى بيان مراده أراد بيان مهور انكحتهم انتهى ولو عبر بالكافر ليعم المستأمن لكان أولى لانه كالذمى نهر عن العناية (قوله بميتة) سواء كانوا يتمولونها كالموقوذة أو لا كالميتة حتف انفها أو دم نهر والموقوذة من وقذه ضربه حتى استرخى وأشرف على الموت ووقذ به وعد شيخنا عن المختار (قوله فلا مهر لها) ولو أسلما أو ترافعا الينا نهر وكذا الامتعة لها كما يشير اليه قول الشارح الاتى فى بيان مذهبهما والمتعة ان طلقها قبل الدخول حموى (قوله وعندهما لها مهر المثل) لان أهل الذمة التزموا احكامنا فى المعاملات والنكاح منها ولهذا جرت عليهم احكامه من لزوم النفقة والعدة وثبوت النسب والتوارث وخيار البلوغ وحرمة المطلقة ثلاثا ونكاح المحارم وله انهم لم يلتزموها فيما يعتقدون خلافه الا ما شرط عليهم كبيع متروك التسمية ولان المهر حق الله والكافر غير مخاطب به بخلاف الاحكام التى ذكرت نهر وزيلعى (قوله فى المسئلة روايتان) يعنى عن الامام ففى احدى الروايتين عنه يجب مهر المثل لانها لم ترض بغير بدل زيلعى وهذا ظاهر الرواية فتح (قوله والاصح ان الكل على الخلاف) فعنده لا يجب شئ بدون اعتقادهم لانها لما رضيت بما ليس بمال ولا قيمة له فقد رضيت بغير بدل ولانه لو وجب لوجب حقا لله والكافر غير مخاطب به ولا يجب حقا لها لرضاها بدونه زيلعى (قوله وعند زفر لها مهر المثل ان مات عنها الخ) لان الخطاب عام والنكاح لم يشرع بغير المال ولهما ان أهل الحرب غير ملتزمين أحكام الاسلام وولاية الالزام منقطعة لتباين الدارين بخلاف أهل الذمة فان أحكام الاسلام جارية عليهم ولابى حنيفة ان أهل الذمة لا يلتزمون أحكامنا فى الديانات وفيما يعتقدون خلافه من المعاملات ولهذا لا نمنعهم عن شرب الخمر وأكل الخنزير وبيعهما

مع يمينه (فى غير) الطعام (المهيا للاكل) كاللحم والخبز فان القول فيه قولها ولا يكون مهرا بحال وقيل ما يجب عليه من الخمار والدرع وغيرهما ليس له ان يحسبه من المهر (ولو نكح ذمى ذمية بميتة او بغير مهر و) الحال ان (ذا) أى النكاح بغير المهر (جائز عندهم فوطئت او طلقت قبله او مات) الذمى قبله (عنها) او ماتت عنه (فلا مهر لها) وعندهما لها مهر المثل ان مات عنها او دخل بها والمتعة ان طلقها قبل الدخول بها وكذلك عند زفر وانما وضع المسئلة فيهما لان فى المسلمين يجب مهر المثل اجماعا وقيد بالجواز لانهم ان اعتقدوا وجوب المهر حال ترك التسمية او النفى يجب المهر كذا فى مبسوط شيخ الاسلام قوله أو بغير مهر يحتمل نفى المهر ويحتمل السكوت وقد قيل فى المسئلة روايتان والاصح ان الكل على الخلاف (وكذا الحربيان ثمة) اى فى دار الحرب اذا نكحا الى آخره لا مهر لها عند الثلاثة وعند زفر لها مهر المثل ان مات عنها او دخل بها وانما قيد بدار الحرب لانهما لو نكحا فى دارنا فالاظهر وجوب مهر المثل عند أبى يوسف ومحمد (ولو تزوج ذمى ذمية

وولاية الالزام بالسيف والمحاجة وكل ذلك منقطع باعتبار عقد الذمة فانا امرنا ان نتركهم ومايدينون
فصاروا كاهل الحرب زيلعى وهذا الترك ترك اعراض لاتقرير كاسيذكره اول نكاح الكافر واعلم ان
المراد بالاحكام فى قول الزيلعى بخلاف اهل الذمة فان احكام اهل الاسلام جارية عليهم الاحكام المتفق
عليها الا المختلف فيها صرح بذلك اول نكاح الكافر فليس المراد بالاحكام مطلقها (قوله بخمر عين
اوخنزير عين) اى مشار اليهما نهر وفيه تأمل لان التعيين قديكون بغير الاشارة كالتعيين بالاضافة
الى نفسه اوباللام العهدية حموى واعلم ان التقييد به للاحتراز عن غير المعين منهما بان جعلهما دينا
فى الذمة كما فى شرح العينى (قوله فاسلما قبل القبض الخ) ولم يقيده به لان التفرقة بين المعين وغيره انما
تتأتى فى هذه الحالة اما بعد القبض فليس لها الا ماقبضته ولو كان غير معين وقت العقد نهر (قوله لها الخمر
والخنزير) فتخلل الخمر وتسيب الخنزير (قوله لها قيمة الخمر ومهر المثل فى الخنزير) انما وجب لها قيمة الخمر لانه
من ذوات الامثال وليس اخذ قيمته كاخذ عينه بخلاف الخنزير لانه من ذوات القيم فاخذ قيمته كاخذ
عينه حيث كانت القيمة بدلا عنه كما فى مسئلتنا اما ان كانت بدلا عن غيره كما لو اشترى ذمى من مثله دارا
بخنزير وشفيعها مسلم فانه يأخذها بقيمة الخنزير وفى الحواشى السعدية ولك ان تقول كذلك فيما
نحن فيه بدل عن منافع البضع واغاصير اليها للتقدير بها ورده فى النهر باناالانسلم انها بدل عن منافع
البضع اذ منافعه انما قوبلت بالخنزير وبالاسلام تعذر أخذ القيمة لما مر فصير الى مهر المثل حموى (قوله
وقال ابو يوسف لها مهر المثل فى المعين وغير المعين الخ) وهو قوله الآخر وقال محمد لها قيمتهما فى الوجهين
وهو قول أبى يوسف الاول لهما ان القبض مؤكد للملك فى المعين حتى لو طلقها قبل الدخول بها بعد
القبض لا يثبت ملك الزوج فى النصف الا بالقضاء أو التراضى على الاسترداد وقبل القبض يثبت له
بنفس الطلاق ولهذا لو هلك قبل القبض كان على الزوج وبعده عليها فكان للقبض شبهة العقد
فيمتنع بالاسلام الحاقا للشبهة بالحقيقة فى موضع الاحتياط فصار كالبيع وفى غير المعين موجب للملك
اذ لا ملك قبله فكان القبض ابتداء تملك العين فيمتنع بالاسلام كالعقد فاذا امتنع تسليم المعين فابو يوسف
يقول يجب مهر المثل كما لو انشأ العقد بعد الاسلام ومحمد يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم
الا انه امتنع التسليم بالاسلام فتجب قيمته كما اذا هلك المسمى قبل القبض ولابى حنيفة ان الملك
فى الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه من البيع والهبة وبالقبض ينتقل من ضمان
الزوج الى ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوب بخلاف المشترى بفتح الراء لان ملك
التصرف فيه قد ثبت بالقبض فصار كالعقد وفى غير المعين القبض يوجب ملك العين فيمتنع بالاسلام
فيتعذر قبضه فاذا تعذر القبض لا تجب القيمة فى الخنزير لانه من ذوات القيم فيكون أخذ قيمته كاخذ
عينه ولهذا لو أتى لها بقيمة الخنزير تجبر على الاخذ ولا كذلك الخمر زيلعى فما فى النهر من قوله لو أتى لها بقيمة
الخنزير لا تجبر على قبوله صوابه تجبر بحذف لا اى أتاها بقيمة الخنزير قبل الاسلام بحر (قوله ولو طلقها
قبل الدخول الخ) فمن أوجب مهر المثل أوجب المتعة لانها حكم مهر المثل ومن أوجب القيمة أوجب
نصفها زيلعى ولا فرق فى هذا بين المعين وغيره بالنسبة لمذهب الصاحبين فالفرق بينهما انما هو على
مذهب الامام ففى المعين لها نصف العين وفى غير المعين لها نصف القيمة فى الخمر والمتعة فى الخنزير وهو ظاهر
(فروع) الوطء فى دار الاسلام لا يخلو عن حد او مهر الا فى مسئلتين صبى نكح بلا اذن وطاوعته وبائع أمة
قبل التسليم ويسقط من الثمن ما قابل البكارة والا فلا * تدافعت جارية مع اخرى فازالت بكارتها لزمها
مهر المثل * لابى الصغيرة المطالبة بالمهر وللزوج المطالبة بتسليمها ان صلحت للرجال ولا عبرة بالسن فلو
تسلمها فهربت لم يلزمه طلبها * خدع امرأة وأخذها حبس الى ان يأتى بها أو يعلم موتها * ولو وهبته
المهر ووكلته بقبضه صح ولو أحالت به انسانا ثم وهبته للزوج لم يصح وهذه حيلة من يريد ان يهب ولا يصح
در مختار

بجمر) عين (او خنزير عين وأسلما) قبله
قبل القبض (او) اسلم (احدهما) قبله
(لها الخمر والخنزير وفى غير العين) من
الخمر والخنزير (لها قيمة الخمر ومهر
المثل فى الخنزير) وهذه المسائل عند
ابى حنيفة رحمه الله تعالى وقال ابو
يوسف لها مهر المثل فى المعين وغير
المعين وقال محمد لها القيمة فى المعين
وغير المعين ولو طلقها قبل الدخول
ففى المعين لها نصف العين عند أبى
حنيفة وفى غير المعين من الخمر لها نصف
القيمة وفى الخنزير لها المتعة وعند محمد
لها بعد الطلاق نصف القيمة بكل
حال وعند أبى يوسف لها المتعة بكل
حال والله اعلم

(باب نكاح الرقيق)

لما فرغ من بيان نكاح الاحرار شرع فى بيان نكاح الارقاء وقدمه على الكافر لان الاسلام فيهم غالب
وقيل لان الرق يتحقق فى المسلم بقاء وان لم يتحقق ابتداء والرقيق العبد كذا فى المغرب وفى الصحاح الرقيق
المملوك يطلق على الواحد والجمع قال فى البحر والمراد هنا المملوك لقولهم ان الكافر اذا اسر فهو رقيق
لا مملوك واذا اخرج يعنى الى دار الاسلام فهو مملوك فكل مملوك رقيق ولا عكس والمسئلة فى فتح القدير حيث
قال أول ما يؤخذ الاسير يوصف بالرق لا المملوكية حتى يحرز بدار الاسلام انتهى واعترضه فى النهر بان
بعد ثبوت هذه التفرقة لا حاجة الى هذا الحمل وان الاسير لو تزوج بعد أخذه قبل احرازه ينبغى ان يكون
نكاحه موقوفا حموى وفيه نظر من وجوه اما اولا فلان ما ذكره من قوله ينبغى ان يكون نكاحه موقوفا
مخالف لما فى النهر ونصه بعد ان نقل عن فتح القدير هذه التفرقة قال ومقتضاها ان الامة لو تزوجت
فى هذه الحالة اى قبل الاحراز بدار الاسلام لا يتوقف نكاحها بل يبطل لانه لا مجيز له آن وقوعه واما
ثانيا فلان صاحب البحر لم ينقل هذه التفرقة عن فتح القدير بل الناقل لها هو صاحب النهر واما ثالثا
فلان صاحب النهر ليس فى كلامه شائبة الاعتراض على صاحب البحر اصلا بل ما نقله عن فتح القدير فيه
تقوية لما ذكره فى البحر وأما رابعا فقوله بعد ثبوت هذه التفرقة لا حاجة الى هذا الحمل أى حمل صاحب
البحر الرقيق على المملوك كلام صدر عن غير تأمل لانه حيث كان الاسير قبل الاحراز بدار الاسلام
لا يوصف بالمملوك بل بالرقيق وقد علمت انه اذا نكح الرقيق قبل الاحراز لا يتوقف نكاحه بل يبطل كان
حمل الرقيق على المملوك متعينا اذ هذا الباب معقود للموقوف ووجه تعين هذا الحمل ما علمته من عدم
استلزام الرق لثبوت الملك فدعوى انه لا حاجة الى هذا الحمل غير مسلمة واعلم ان مناسبة هذا الباب بباب
المهر هى ان الرقيق يصلح ان يكون مهرا كما اذا تزوج رجل امرأة على رقيق حموى واذا كان الرقيق غير
مشار اليه يجب لها الوسط أو القيمة ووسط الرقيق هو الحبشى وتقدم عن الدر المختار وغيره ان وسط العبيد
هو الحبشى والادنى الاسود والاعلى الابيض وقدمنا ان هذا خلاف ما عليه العرف الآن وان العبد
متى أطلق لا ينصرف الا الى الاسود (قوله لم يجز أى لم ينفذ) بقرينة سابقه وهو قوله ونكاح العبد
والامة بلا اذن السيد موقوف ولاحقه وهو قوله وطلقها رجعية اجازة للنكاح الموقوف على ان عدم
الجواز فى المعاملات التى منها النكاح يكون بمعنى عدم النفاذ يعنى يستعمل فيه حقيقة من غير
احتياج لقرينة وقد نقل فى البناية تفسيره هنا بما ذكره عن مولانا العلامة حافظ الدين نعم دعوى
التكرار مع احسنية ما مر ظاهرة كما قال العينى غير ان ما ذكر فى بابه لا بعد مما ذكر قبله استطرادا تكرارا
فسقط ما قيل الصواب ان يقول لم ينفذ حموى قال واعلم ان نكاح العبد حال التوقف سبب للحال
متأخر حكمه الى وقت الاجازة فيها ظهر الحل من وقت العقد كالبيع الموقوف سبب للحال فاذا زال المانع
من ثبوت الحكم بوجود الاجازة ظهر أثره من وقت وجوده ولهذا ملك الزوائد بخلاف تفويض الطلاق
الموقوف لا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة ولا يستند لانه مما يقبل التعليق فجعل الموجود من
الفضولى متعلقا بالاجازة فعندها يثبت للحال بخلاف الاولين لعدم صحة تعليقهما وهذا هو الضابط
فيما يستند وما يقتصر من الموقوف (قوله نكاح العبد) لو قال نكاح القن لاغناه عن ذكر الامة نهر
وفيه تأمل لان القن وان شمل الامة لا يشمل المكاتب والمدبر وام الولد لان القن هو خالص العبودية
وعلى هذا اصطلاح الفقهاء كما نقله الحموى عن البرجندى فلو عبر بالمملوك لكان أولى لشموله من ذكر
ومن فى حكمهم كمعتق البعض فانه كالمكاتب عند الامام وولد ام الولد من غير المولى فانه كام الولد لان
الملك فى الكل قائم ولهذا يعتقون اذا قال المولى كل مملوك لى حر قال فى المبسوط ويستثنى من قولهم ابن ام

(باب نكاح الرقيق) (لم يجز)
(نكاح العبد والامة
أى لم ينفذ
والمكاتب) والمكاتبة (والمدبر)

الولد من غير المولى كامه مالو اشترى ابن ام ولد له من غيره بان استولد جارية بالنكاح ثم فارقها فتزوجها المولى من غيره فولدت ثم اشترى الجارية مع الولدين فالجارية تكون ام ولد له وولده حر وولدها من غيره له بيعه اه اللهم الا ان يقال انها حين ولدته لم تكن ام ولد فلا استثناء قال فى النهر ولم أر حكم نكاح رقيق بيت المال والرقيق فى الغنيمة المحرزة بدارنا قبل القسمة والوقف اذا كان باذن الامام والمتولى وينبغى أن يصح فى الامة دون العبد ثم قال ورأيت فى البزازية لا يملك تزويج العبد الا من يملك اعتاقه قال الحموى فعلى هذا ينبغى انه لو تزوج واحد ممن ذكر ان يكون باطلا اه واعلم ان ظاهر قوله ينبغى انه لو تزوج واحد مما ذكر ان يكون باطلا يقتضى البطلان مطلقا بلا فرق بين العبد والامة وليس كذلك وسيأتى عن الدرر ما يفيد الفرق بين العبد والامة فالعبد لا يملك تزويجه الا من يملك اعتاقه بخلاف الامة فانه يملك تزويجها من لا يملك اعتاقها (قوله وام الولد) سئل عمن تزوج ام ولد برضاها بغير اذن مولاها ثم اعتقها فلو قال جاز اولم يجز فقد أخطأ ونقول ان وطئها قبل اعتاق مولاها جاز النكاح وان لم يطأ لم يجز كذا فى تنبيه المجيب من الكبرى وفى فتاوى قاضيخان ولو لم يدخل بها يجب عليها العدة ويتأكد فراش المولى فلا يجوز ذلك النكاح حموى عن ابن الحلبى (قوله الا باذن السيد) والمراد بالسيد من له ولاية التزويج مالكا كان أولا اذ الاب والجد والقاضى يملكون تزويج امة اليتيم دون العبد وكذا المكاتب والمفاوض نهر وعبارة الدرر أفيد حيث قال اعلم ان من لا يملك اعتاق العبد لا يملك تزويجه بخلاف الامة فالاب والجد والقاضى والوصى والمكاتب والشريك المفاوض يملكون تزويج الامة لا العبد والعبد المأذون والصبى المأذون والشريك شركة عنان لا يملكون تزويجها أيضا اه لكن قوله فى الدرر فى القسم الاول أعنى ما يفترق فيه الحكم بين الامة والعبد والولى صوابه حذفه كذا بخط شيخنا أى حذف قوله والولى قيد بالنكاح لان التسرى باذنه غير جائز وربما فعله بعض التجار فيدفع لعبده جاريته يتسرى بها فيجب التحرز عن مثله لان النكاح لا يثبت شرعا الا بملك اليمين أو عقد النكاح والاول منتف فتعين الثانى نهر (قوله واجازته) عطفها على الاذن عطف تفسير ثم اذن السيد يثبت صريحا كاجزت ورضيت وأذنت ودلالة قولا نحو هذا حسن أو صواب أو نعم ما صنعت وفعلا نحو ان يسوق اليها مهرها أو شيأ منه بخلاف الهدية عينى قال الفقيه أبو القاسم لا يكون شئ من هذه الاقوال اجازة والاول اختيار أبى الليث وبه كان يفتى الصدر الشهيد الا اذا علم انه قاله على وجه الاستهزاء والاذن بالنكاح لا يكون اجازة فان أجاز العبد ما صنع جاز استحسانا كالفضولى اذا وكل فاجاز ما صنعه قبل التوكيل وكالعبد اذا زوجه فضولى فاذن له مولاه فى التزوج فاجاز ما صنعه الفضولى زيلعى (قوله وقال مالك يجوز للعبد ان يتزوج بغير اذن مولاه) لانه يملك الطلاق فيملك النكاح هداية ثم للسيد ان يطلق عليه ويكون طلاقا وكذا لو طلقها العبد قبل اجازة المولى يكون طلاقا بخلاف الامة فان العقد عليها بغير اذنه باطل ولا يصح باجازته وعنه للسيد فسخه أو تركه كنكاح العبد وهى شاذة ولنا قوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شئ والنكاح شئ فلا يقدر عليه وقال عليه السلام ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر والمدبر وام الولد والمكاتب ما بقى عليه درهم عبد فيتناوله اللفظ ولان فى تنفيذ نكاحهم تعييبهم اذ النكاح عيب فيهم فلا يملكونه بغير اذن مولاهم ولا يقال ان اقرار العبد بالحدود والقصاص مقبول مع انه تعييب بل فيه اهلاك فالنكاح أولى لانا نقول لا يدخل العبد تحت ملك المولى فيما يتعلق به خطاب الشرع وهذه الاحكام تجب عقوبة جزاء على ارتكابه المحظور زجرا للعباد عن الفساد وذلك بالآدمية وملكه يثبت من حيث المالية وما ثبت من التعييب فى ضمنه ضرورى فلا يبالى به زيلعى ومعنى عاهر فى الحديث زان نهر (قوله وأما الامة فلا تجوز اجماعا) لا ينافى دعوى الاجماع ما سبق عن الامام مالك من ان الامة لو تزوجت بغير اذن المولى فله فسخه أو تركه كنكاح العبد لشذوذها (قوله وكل مهر وجب للامة) ولو مدبرة أو أم ولد حموى عن البدائع (قوله بعقد أو دخول) أى بعقد اذا كان النكاح صحيحا أو دخول اذا كان فاسدا والمراد بالدخول

والمدبرة (وام الولد الا باذن السيد) واجازته وقال مالك يجوز للعبد ان يتزوج بغير اذن مولاه وأما الامة فلا تجوز اجماعا وكل مهر وجب للامة بعقد او دخول

خصوص الوطء (قوله فهو للمولى) أى ينتقل للمولى ففى فتح القدير ان مهر الامة يثبت لها ثم ينتقل الى المولى حتى لو كان عليها دين قضى من المهر حموى (قوله واما المكاتبة الخ) لانها حرة يدا الا ترى ان المولى يلزمه العقر بوطئها والارش بالجناية عليها ومعتقة البعض فى حكم المكاتبة عند الامام (قوله باذنه) قيد به لانه لو تزوج بغير أمره لا يباع به بل يطالب بعد الحرية كما اذا لزمه الدين باقراره عينى (قوله فالمهر دين فى رقبته) لان هذا الدين ظهر فى حق المولى فاشبه دين المأذون له فى التجارة فيتعلق برقبته دفعا للضرر عنها الا ان ذمته ضعيفة فلو لم يتعلق برقبته لتضررت زيلعى (قوله يباع فى مهرها) أى باعه سيده مرة واحدة لانه دين تعلق برقبته وقد ظهر فى حق المولى فيؤمر ببيعه فاذا امتنع باعه القاضى بحضرته الا اذا رضى أن يؤدى قدر ثمنه حموى ونهر عن المحيط وينبغى حمله على ما اذا كان مهرها قدر الثمن أو أكثر فلو دونه لم يلزمه اداء كل الثمن بل قدر المهر فقط وهو ظاهر ثم اذا بيع مرة ولم يف الثمن بالمهر لا يباع ثانيا بل يطالب بالباقى بعد العتق الا اذا باعه منها در عن الخانية بخلاف النفقة حيث يباع بها مرة بعد اخرى لانها تجب ساعة فساعة فلم يقع البيع بالجميع وما فى الزيلعى وغيره من انه لو مات العبد سقط المهر والنفقة لفوات محل الاستيفاء محمول على ما اذا لم يترك كسبا كما فى النهر هذا اذا تزوج باجنبية أما اذا زوج عبده امته اختلف المشايخ فمنهم من قال يجب المهر ثم يسقط لان وجوبه حق الشرع ومنهم من قال لا يجب لاستحالة وجوبه للمولى على عبده عينى الا اذا كانت الامة مأذونة مديونة فانه يباع أيضا والمراد بالمهر ما يشمل مهر المثل والمتعة لو طلقها قبل الدخول نهر (قوله وسعى المدبر والمكاتب) وولد أم الولد ومعتق البعض لعدم قبول النقل من ملك الى ملك ويوفى المهر من كسبهم كما فى دين التجارة عينى أما المكاتب ففى جميع قيمته وأما المدبر ففى ثلثى قيمته ويعطيان المهر من كسبهما فاذا اتمت السعاية عتقا وحينئذ ان بقى من المهر شئ فلها ان تطلبه منهما كذا يستفاد من البرجندى واذا عجز المكاتب ورد فى الرق صار المهر دينا فى رقبته يباع فيه الا اذا ادى المهر مولاه أو استخلصه كما فى القن وقياسه ان المدبر اذا عاد الى الرق وحكم الشافعى ببيعه ان يصير المهر فى رقبته أيضا حموى فان قلت ما الفرق بين قوله الا اذا ادى المهر مولاه وقوله أو استخلصه قلت يمكن حمله على ما اذا كان مهرها يزيد على قيمته اذ المولى لا يلزمه الا دفع قدر القيمة فقط اذا اختار الفداء والباقى يتأخر الطلب به الى ما بعد العتق (قوله ولم يبع أحد منهما فيه) لا يقال لا حاجة اليه للعلم به من قوله وسعى المدبر والمكاتب لانا نقول الاستسعاء لا يستلزم عدم البيع اذ الزوجة لو اختارت ان تستسعى القن فى مهرها ورضى به المولى جاز مع جواز بيعه نهر (قوله أى اذا تزوج أحد) الصواب واحد فان أحدا انما يستعمل فى المنفى حموى وتعقبه شيخنا بما فى سورة الاخلاص من استعماله فى الاثبات والنفى اه والحاصل ان أحدا ان كان بمعنى واحد يستعمل فى الاثبات والنفى كالذى فى سورة الاخلاص وان كان بمعنى أحد الذى للعموم لا يستعمل الا فى النفى نحو لا أحد فى الدار كما فى شرح ابن حجر فى الكلام على قوله من الحديث الرابع ان أحدكم الخ فتحصل انه لا حاجة لتصويب الذى ادعاه السيد الحموى وان أحد فى كلام الشارح بمعنى واحد (قوله وطلقها رجعية اجازة) لان الطلاق الرجعى لا يكون الا بعد النكاح الصحيح فكان الامر به اجازة اقتضاء بخلاف قول المولى تزوج أربعا أو كفر عن يمينك بالمال حيث لا يثبت الحرية اقتضاء لان شرائط الاهلية لا يمكن اثباتها اقتضاء بخلاف النكاح لان العبد اهل له لانه من خصائص الآدمية بحر والمراد بالنكاح فى قول المصنف وطلقها رجعية اجازة للنكاح الخ النكاح المعهود ولو فاسدا وهو نكاح العبد بغير اذن سيده احترازا عن نكاح الفضولى وهو اختيار صاحب المحيط وغيره حموى وليس المراد من قوله ولو فاسدا انه يعود صحيحا بل ان ثمرة الاجازة تظهر فى بيعه بالمهر اذا دخل بها فى الفاسد وليس المراد من قوله احترازا عن نكاح الفضولى ان لا يكون قوله طلقها اجازة بل عدم التوقف على قوله رجعية كما يعلم من عبارة البحر (قوله لا النكاح الموقوف) يستفاد من قوله الموقوف ان عقده عقد فضولى فتجرى فيه الاحكام من فسخ العبد والمرأة له قبل اجازة المولى

فهو للمولى وأما المكاتبة ومعتقة البعض فالمهر لهما (فلو نكح عبد باذنه) فالمهر دين فى رقبته ولو طالبت زوجته (يبيع فى مهرها وسعى المدبر والمكاتب) فى هذه الصورة ويعطى المهر من كسبهما (ولم يبع) أحد منهما (فيه وطلقها) أى اذا تزوج أحد منهما بغير اذن مولاه فقال له طلقها (رجعية) فهو (اجازة للنكاح الموقوف

ويدل على ذلك ما فى الولوالجية والمحيط مكاتب اوقن تزوج بغير اذن المولى ثم طلق كان ذلك ردا منه لان الطلاق يقطع النكاح النافذ فلان يقطع الموقوف اولى فان اجاز المولى بعد الثلاث لم يجز لانه اجازة لمنفسخ ولو اذن له بعد الثلاث بتزوجها فتزوجها لم يفرق بينهما لكنه يكره عندهما وقال الثانى لا يكره وفى الذخيرة تزوجت نفسها من صبى بغير اذن وليه كان للولى فسخه ولكل من العاقدين فسخه نهر لكن عزوه الكراهة لهما فيما اذا كان اذن له بعد الثلاث بتزوجها وعدم الكراهة للثانى عكس ما فى فتح القدير ولهذا تعقبه شيخنا بقوله عبارة فتح القدير تزوج العبد بلا اذن وطلقها ثلاثا ثم اذن له السيد يجدد عليها اجاز بلا كراهة عند ابى حنيفة ومحمد ومع الكراهة عند ابى يوسف (قوله لا طلقها) ولو بائنا كما فى المحيط أو فارقها لانه يحتمل الرد ويتعين فى العبد المتمرد حتى لو اجازه بعد ذلك لا ينفذ وبهذا فارق الفضولى المحض لانه معين والاعانة تنهض سببا للامضاء تصرفه وينبغى انه لو زوجه فضولى فقال المولى لعبده طلقها انه يكون اجازة اذ لا تمرد منه فى هذه الحالة بخلاف طلقها رجعية او طلقة تملك بها الرجعة او اوقع عليها الطلاق حيث يكون اجازة لان شيئا منها لم يستعمل فى المتاركة ودل كلامه ان الاجازة تكون دلالة كما تكون صريحا ومن الثانى اذنت كما فى البدائع ولا ينافيه ما فى الفتح لو اذن له السيد بعد ما تزوج لا يكون اجازة فان اجاز العبد ما صنع جاز استحسانا لان الاول فيما اذا علم بالنكاح زاد فى البدائع انها اى الاجازة تكون بالضرورة ايضا كان يعتق العبد او الامة الكبيرة والصغيرة فيتوقف على اجازته ان لم يكن لها عصبة نهر ولا يخفى انه على ما ذكر صاحب النهر يحصل التوفيق بحمل ما فى البدائع على ما اذا كان الاذن بعد العلم بالنكاح فلا ينافيه ما فى الفتح لحمله على ما اذا لم يعلم به لكن لا يخفى ان هذا الحمل خلاف ما نظهر عن الزيلعى اذ ظاهره ان الاذن لا يكون اجازة ولو بعد العلم فالذى يظهر ان فى المسئلة قولين ولهذا نقل الحموى عن البرجندى ما نصه وفى لفظ الاجازة اشارة الى انه لا ينفذ النكاح بمجرد الاذن حتى اذا تزوج بغير اذن المولى ثم اذن له فى نكاح لم ينفذ ما لم يجزه المولى ونقل عن البرجندى أيضا ان السكوت بعد العلم بالنكاح لا يكون اجازة (قوله وقال ابن أبى ليلى قوله طلقها اجازة) ولو زوج فضولى رجلا امرأة فقال الرجل طلقها يكون اجازة لان فعل الفضولى اعانة كالوكيل بخلاف المولى عينى فانه لا يملك التطليق باجازته طلاق عبده لاستقلال العبد به كذا بخط شيخنا (قوله يتناول الفاسد أيضا) خص الفاسد بالذكر لكونه أهم لانه محل الخلاف وأيضا نصب على المصدر يقال آض اذا رجع حموى عن المفتاح وهذا الخلاف فى التزوج وأما فى التزويج فلا يتناوله اتفاقا المعض عينى يعنى ان وكل شخصا بتزويجه لا يتناول الفاسد وعليه الفتوى زيلعى (قوله حتى لو قال لعبده تزوج هذه المرأة الخ) ثمرة الاختلاف بين الامام وصاحبيه فى ان الاذن بالنكاح يتناول الفاسد ام لا تظهر فيما ذكر الشارح من انه اذا تزوجها فاسدا ودخل بها فانه يباع فيه فى الحال وعندهما يؤخذ منه اذا عتق وكذا تظهر فى انتهاء الاذن بالفاسد عنده وعندهما لا ينتهى حتى لو تزوج غيرها أو أعاد عليها العقد صح عندهما وعنده لا ينفذ وما فى التبيين من قوله وعنده لا يصح أى لا ينفذ واجمعوا على ان الاذن والوكالة لا ينتهيان بالموقوف حتى جاز لهما ان يجددا العقد عليها أو على غيرها لهما ان المقصود من النكاح الاعفاف والتحصين وذلك بالجائز لا الفاسد لانه لا يفيد الحل فصار كالتوكيل بالنكاح فانه يتناول الجائز دون الفاسد ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف الى الجائز بخلاف البيع حيث يتناول الجائز والفاسد لان الفاسد فيه يفيد الملك بالقبض ولابى حنيفة ان اللفظ مطلق فيتناول العقد غير مقيد بوصف الصحة أو الفساد فيجرى على اطلاقه فكان كالبيع وبعض المقاصد حاصل بالنكاح الفاسد كثبوت النسب وسقوط الحد ووجوب المهر والعدة ومسئلة اليمين ممنوعة على طريقة اجراء اللفظ على اطلاقه ولئن سلم فالايمان مبنية على العرف والعرف بالصحيح دون الفاسد اذا كانت يمينه على ان لا يتزوج فى المستقبل وان حلف انه ما تزوج فى الماضى يتناول الصحيح والفاسد زيلعى ولو نوى الصحيح صدق ديانة وقضاء وان كان فيه تخفيف رعاية

لا طلقها او فارقها) وقال ابن أبى ليلى قوله طلقها اجازة (والاذن) لعبده بالنكاح (تناول) النكاح (الفاسد أيضا) عند أبى حنيفة رحمه الله حتى لو قال لعبده تزوج هذه المرأة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فانه يباع فيه فى الحال

لجانب الحقيقة كما لو نص عليه ولو نص على الفاسد صح وصح الصحيح نهر بحثا خلافا لما فى البحر وما فى البحر من ان المأذون له فى النكاح اذا تزوج بفضولى فاجازه كان المهر فى رقبته يباع فيه فيتناول الاذن الموقوف فى حق هذا الحكم وان لم يتناوله فى حق انتهاء الاذن ولم أره صريحا انتهى تعقبه فى النهر بعدم تسليم انه يتناوله فى حق هذا الحكم أيضا اذ ثبوته بعد الاجازة ولا توقف له اذ ذاك (قوله وانما قيدنا بالدخول الخ) لو أبدله بالوطء فى القبل لكان أولى دفعا لايهام ان المراد بالدخول ما يعم الخلوة (قوله صح وهى اسوة للغرماء فى مهرها) والغرماء جمع غريم وهو الداين ويطلق على المدين أيضا ولكن لا يصح ارادته هنا حموى أما صحة النكاح فلانه يبتنى على ملك الرقبة فيجوز تحصينا له وأما المهر فلانه لزمه حكما بسبب لا مرد له وهو صحة النكاح اذ هو بلا مهر غير مشروع فصار كدين الاستهلاك وكالمريض اذا تزوج امرأة فبقدر مهر مثلها تكون اسوة للغرماء زيلعى (قوله بل يؤخر حقها الى استيفاء الغرماء ديونهم) كدين الصحة مع دين المرض زيلعى الا اذا باعه منها لما فى الخانية زوجه بالف وباعه منها بتسعمائة وعليه دين الف فاجاز الغريم البيع كانت التسعمائة بينهما يضرب الغريم فيها بالف والمرأة بالف ولا تبيعه المرأة ويبيعه الغريم بما بقى من دينه نهر وانما امتنع عليها بيعه مع انه عبدها لانه تعلق به حق الغير وهو الغريم وقوله الا اذا باعه منها وجه الاستثناء ان ما بقى لها من المهر سقط لان المولى لا يستوجب على عبده دينا (قوله ومن زوج امته الخ) وكذا المدبرة وام الولد بخلاف المكاتبة اذا تزوجت باذن المولى فانها كالحرة ولا تحتاج الى التبوئة حموى عن البرجندى وهو مقيد بما اذا لم تخرج بغير اذن الزوج والا فهى ناشزة شرنبلالية (قوله لا يجب عليه تبوئها) لان حق المولى اقوى من حق الزوج لانه يملك ذاتها ومنافعها ولا كذلك الزوج ولهذا يدخل فيه ملك المتعة تبعا فان قيل التبوئة تسليم فتجب عليه قلنا لا بل هو أمر زائد عليه لان التسليم يتحقق بدون التبوئة بان يقال له متى ظفرت بها وطئتها وكذا ان شرط التبوئة لا تجب لانه لا يقتضيه العقد فلو صح لا يخلو اما ان يكون اجارة أو عارية فالاول باطل لعدم التوقيت والثانى ليس بلازم فان بوأها معه منزلا فلها النفقة والسكنى لان النفقة تقابل الاحتباس والمكاتبة فى هذا كالحرة لزوال يد المولى عنها زيلعى والفرق بينه وبين صحته لو شرط حرية أولادها وان كان العقد لا يقتضيه ان قبوله من المولى على معنى تعليق الحرية بالولادة وهو صحيح بخلاف التبوئة فانها لا تقع بتعليقها عند ثبوت الشرط لكونها عدة مجردة شرنبلالية عن الفتح ومفاده انه لو باعها أو مات عنها قبل الوضع فلا حرية كما فى البحر ولو ادعى الزوج الشرط ولا بينة له حلف المولى نهر (تنبيه) الاولاد كما يكونون أحرارا بالشرط يكونون أحرارا بالغرور أيضا لكن بالقيمة فلو قالت امرأة لرجل تزوجنى فانى حرة فتزوجها فولدت ثم ظهر انها امة الغير فالام رقيق والولد حر بقيمته ولا يرجع اذ الرجوع بعقد المعاوضة ولم يوجد نهر عن جامع الفصولين قال شيخنا وهو مخالف لما فى منية المفتى ونصه ولو غرته الامة بغير اذن سيدها رجع عليها بعد العتق وباذنه رجع عليه للحال ذكره قبيل كتاب الطلاق انتهى (قوله ان يخلى بينهما) الاولى تفسيرها بما قال الخصاف فى شرح النفقات ان يخلى بينها وبينه ويدفعها اليه ولا يستخدمها فان كانت تذهب وتجىء وتخدم المولى لا يكون تبوئة وليس للمولى ان يمنعه عن الوطء الا اذا لم يؤد المهر المعجل فيجوز للمولى منعه حموى عن البرجندى (قوله له ذلك) لان حقه لا يسقط بها وبالتبوئة صار كالمعير لها من زوجها فتسقط نفقتها الا اذا خدمته فى بعض الاحيان بلا استخدامه بعد التبوئة حيث لا تسقط النفقة عن الزوج درر وشرنبلالية وكذا اذا استخدمها نهارا وأعادها الى بيت الزوج ليلا لا تسقط وللمولى السفر بها وان أبى الزوج تنوير وشرحه ولو طلقها بائنا بعد التبوئة يجب لها النفقة والسكنى وقبلها او بعد الاسترداد لا يجب زيلعى (قوله وله اجبارهما اى العبد الخ) وانما جاز لانه مملوكه رقبة ويدا فيملك عليه كل تصرف فيه صيانة ملكه درر قال الوانى صيانة ملكه مبتدأ مؤخر وفيه خبر مقدم انتهى والجملة صفة تصرف نوح (قوله اى العبد والامة) يشمل المدبر وام الولد حموى ولا يلزم المولى الاستبراء بل يندب فلو ولدت لاقل من نصف حول فهو من المولى والنكاح فاسد

وانما قيدنا بالدخول لانه قبله فى النكاح الفاسد لا يجب المهر كامر وعندهما لا يتناول الفاسد فلا يباع فيه ويؤخذ منه اذا اعتق (ولو زوج) المولى (عبدا مأذونا) مديونا (امرأة صح وهى اسوة للغرماء فى مهرها) فيباع فى الكل ويقسم بينهم وبينها على قدر الحقوق وهذا اذا كان بمهر المثل أو أقل منه لانه لو زاد على قدره لم تكن المرأة اسوة للغرماء فيما زاد بل يؤخر حقها الى استيفاء الغرماء ديونهم كذا فى النهاية (ومن زوج امته لا يجب عليه (ان يبوئها) يقال بوأه وبوأ له منزلا أى هيأه له وأراد ههنا ان يخلى بينهما (فتخدمه ويطؤها الزوج ان ظفر) بها فان بوأها معه بيتا فلها النفقة والسكنى والا فلا ولو بوأها بيتا ثم بدا له ان يستخدمها له ذلك (وله اجبارهما) أى العبد والامة

يحرمن الامة لادونبوت النسب دررو قيه بالنسبة للامة والمدبرة نظرلتوقف ثبوت النسب من المولى على وجود الدعوة واما بالنسبة لام الولد فلا اشكال لعدم توقفه على الدعوة فى حق ولدها (قوله دون المكاتب والمكاتبة) لانهما التحقا بالاجانب بعقد الكتابة ولهذا يستحقان الارش على المولى بالجناية عليهما وتستحق المكاتبة المهر اذا وطئها المولى فصارا كالحرين فلا يجبران على النكاح وان كانا صغيرين وهذا من اغرب المسائل حيث اعتبر فيها راى الصغير والصغيرة فى تزويجهما حتى قالوا لوزوجهما بغير اذنهما توقف على اجازتهما فان اديا المال وعتقا لا يعتبر رايهما ماداما صغيرين بل ينفرد به الولى او المولى زيلعى لتقديم النسبة على السببة ولو عجزا توقف نكاح المكاتب على رضا المولى ثانيا لعود مؤن النكاح عليه وبطل نكاح المكاتبة لانه طرأ حل بات على موقوف فابطله در (قوله ومعنى الاجبار الخ) كذا فى الكافى وهذا يشعر بان الايجاب والقبول اذا وقع من المولى ولم يقع منهما صح النكاح والمتبادر من كلام الخزانة ان معنى الاجبار ان الايجاب والقبول وقع منهما بالاكراه من المولى برجندى قال الحموى فليحرر ماهو الحق منهما راقول اذا نفذ عقد المولى عليهما بدون رضاهما بناء على ماهو المتبادر من كلام الشارح تبعا للكافى من ان المولى هو الذى باشر العقد بنفسه فلان ينفذ ايضا اذا كانت المباشرة للعقد منهما ولو بدون الرضا بالاولى والحاصل ان كلا المعنيين يصح ان يفسر به الاجبار فتدبر (قوله وهو رواية عن ابى حنيفة وابى يوسف) كما فى الزيلعى لانه مبقى على اصل الآدمية فيما هو من خصائص الآدمية والنكاح منها ولا يدخل فى ملكه الامالية وهى لا تعلق لها بالنكاح فكان اجنبيا عنه فى انكاحه الا ترى انه لا يملك الاقرار عليه بالقصاص ولا ان يطلق عليه امرأته لما قلنا بخلاف الامة لان بضعها مملوك له فيملك تمليكه ولان اجباره عليه لا يفيد لان الطلاق بيده فيطلقها من ساعته ولنا انه مملوكه رقبة ويدا فيملك عليه كل تصرف فيه صيانة ملكه كالامة وهذا لانه انما ملك تزويج الامة لكونها مملوكة له رقبة ويدا لا لانه يملك بضعها ولا تأثير لملك البضع فيه ولا لعدمه الا ترى انه ليس له ان يزوج امرأته وان كان يملك بضعها وله ان يزوج ابنته وان كان لا يملك بضعها فلا تأثير لما ذكره طردا وعكسا وما ذكره من المعنى من انه مبقى على أصل الآدمية لعدم ملكه فاسد لانه لو كان كذلك لملكه العبد وهذا لان ما لا يملكه المولى يملكه العبد كالاقرار بالحدود والقصاص وما لا يملكه العبد يملكه المولى كالاقرار عليه بالمال فعلم ان قياسه على الطلاق والاقرار بالقصاص باطل وقوله يطلقها من ساعته قلنا كلا منافى جواز تزويجه وبقاء ملكه الى وجود الطلاق ولان حشمة المولى تمنعه عن الطلاق ظاهرا ولا يعانده بايقاع الطلاق زيلعى (قوله بقتل السيد) قيد به لان قتل غيره لا يسقط به المهر اتفاقا وفى قتلها نفسها روايتان والصحيح عدم سقوطه قال فى الخانية ولو قتلت الامة نفسها عن أبى حنيفة فيه روايتان والصحيح انه لا يسقط اه ووجهه ان المهر لمولاها ولم يوجد منه منع ولهذا اعترض فى الشرنبلالية على قول الدرر كالمصنف لا بقتل الحرة نفسها قبله بانه لو قال لا بقتل المرأة نفسها قبله لكان اولى الخ (قوله أمته) التى لم تكن ماذونة فان كانت لم يسقط اتفاقا حموى قيد بالامة ولو مدبرة لان المكاتبة لو قتلها سيدها لا يسقط اتفاقا (قوله قبل الوطء) وينبغى ان تكون الخلوة هنا كالوطء نهر (قوله عند أبى حنيفة) لان المعقود عليه فات قبل الدخول بفعل من له المهر وهو المولى فلا يجب عليه كما لو باعها وذهب بها المشترى من المصر او اعتقها قبل الدخول فاختارت الفرقة أو غيبها بموضع لا يصل اليها الزوج زيلعى وفيه تسامح لانه لا يسقط المهر فى الصورة الاولى والثانية لانه لو أحضرها بعده له المهر وبه صرح فى البحر عن المحيط والظهيرية فلا يسقط فيهما الا المطالبة شرنبلالية واعلم ان القول بعدم سقوطه فى الصورة الاولى يتجه على ما هو المختار من عدم انفساخ النكاح بينهما وأما على انه ينفسخ فلا واعلم ان ما علل به صدر الشريعة من انه يجل بالقتل أخذ المهر فيجوزى بالحرمان فيه بحث يعلم بمراجعة الدرر وعزمى زاده (قوله وقالا لا يسقط) اعتبارا بموتها حتف انفها لان المقتول ميت باجله والقتل موت ولهذا لو قال لعبده ان مت فانت حر فقتل عتق فصار كما اذا قتلها أجنبى

وللامام

دون المكاتب والمكاتبة (على النكاح)
ومعنى الاجبار ان ينفذ نكاح المولى
عليهما وان لم يرضيا به وقال الشافعى
لا اجبار فى العبد وهو رواية عن ابى
حنيفة رحمه الله تعالى (ويسقط المهر)
عن الزوج (بقتل السيد امته قبل
الوطء) عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى
وقالا لا يسقط

وللامام ماقدمناه من ان المعقود عليه فات قبل الدخول بفعل من له المهر الخ ولان القتل جعل اتلافا فى حق أحكام الدنيا حتى وجب القصاص والدية والحرمان من الارث زيلعى فكذا فى المهر والحتف الموت وجمعه حتوف ليس له فعل يتصرف وانما يضاف الحتف الى الانف اذا مات الشخص بلا سبب فيقال مات حتف انفه لان الروح تخرج من الانف اتقانى (قوله وبعد الوطء لا يسقط اجماعا) المراد بالوطء ما يعم الحكمى كما قدمناه وهو الخلوة بلا مانع (قوله حتى لو كان صبيا) قال الكمال ولو لم يكن السيد من أهل المجازاة بان كان صبيا زوج امته وصيه مثلا قالوا يجب ان لا يسقط فى قول أبى حنيفة اه قال فى النهر فبقتل المجنون أولى (قوله وقيل لا يسقط) رجحه فى البحر (قوله لا بقتل الحرة نفسها) لان جناية المرء على نفسه غير معتبرة أصلا ولهذا اذا قتل نفسه يغسل ويصلى عليه درر وهذا أعنى ان قتل نفسه يغسل ويصلى عليه هو الارجح ومشى عليه فى الدرر من الجنائز عزمى ووجه آخر وهو ان قتل الحرة نفسها لو اعتبر تفويتا للمهر انما يكون تفويتا بعد موتها وبالموت ينتقل المهر الى ورثتها فلا يسقط لانه للورثة لا لها بخلاف قتل المولى امته لان المهر له فكان مفوتا حق نفسه وهو كمن قال اقتل عبدى فقتله لا يجب عليه شئ ولو قال اقتلنى فقتله يجب عليه الدية ولا يصح اذنه فى ابطال حق الورثة وهذا بخلاف قتل الوارث الحرة قبل الدخول حيث لا يسقط المهر لانه صار بحر وما بالقتل فلم يصر مبطلا حق نفسه ووجه آخر وهو ان القتل لا يتم الا بعد زهوق الروح وعند ذلك ليست باهل للقتل فلا يمكن اضافته اليها وما فى الزيلعى من تأنيث الضمير مع عوده على مذكر وهو القتل باعتبار الجناية شيخنا مثاله اذا قال لامرأته ان جننت فأنت طالق لا يقع الطلاق اذا جن لانتفاء الاهلية عند تحقق الشرط بخلاف ما اذا قال ان دخلت الدار فأنت طالق فدخلها وهو مجنون ولا يرد رضاع الصغيرة الكبيرة حيث لا يسقط من مهرها شئ وان كانت الفرقة بفعلها وكذا المجنونة اذا قبلت ابن زوجها قبل الدخول لان فعلهما لا يصلح لاسقاط حقهما كما لو قتلتا مورثهما فان قيل ينتقض بردة الصغيرة اذا كانت مميزة حيث يسقط بها مهرها قبل الدخول قلنا ردتها محظورة بدليل حرمانها الارث واستحقاق حبسها حتى تتوب او تموت زيلعى (قوله وعند زفر والشافعى يسقط) اعتبارا بالردة وبقتل المولى أمته ولنا كما سبق ان جناية المرء على نفسه غير معتبرة فى حق احكام الدنيا فشابه موتها حتف انفها بخلاف قتل المولى فانه معتبر فى حق أحكام الدنيا حتى وجبت الكفارة عليه والخلاف مقيد بما اذا لم تكن مستحقة القتل اذ لو كانت مستحقة له فلا مهر لها اجماعا حموى عن المفتاح (قوله والاذن فى العزل الخ) أى عزل الزوج الماء عن رحم المرأة وهو الانزال خارج الفرج حموى (قوله لسيد الامة) ولو حكما ليشمل امة الابن الصغير اذا زوجها الاب أو الجد حموى فى الشرح فعلى هذا يكون الاذن للاب والجد ولهذا قال ولو حكما اذ هو فى الحقيقة ليس بسيدها وانما كان الاذن فى العزل عن الامة للمولى لانه منع عن حدوث الولد وهو حق المولى درر غرر وينبغى ان يتقيد احتياجه الى اذن المولى بالبالغة اما الصغيرة فله العزل عنها بغير اذن المولى كما يفيده التعليل السابق نهر والظاهر ان المراد من الامة القنة والمدبرة وام الولد واما المكاتبة فينبغى ان يكون الاذن اليها لان الولد لم يكن للمولى ولم أره بحر وأيضا هذا التعليل يقتضى عدم توقف العزل على اذن المولى اذا اشترط الزوج حرية اولاده لانه لا ملك للمولى فى الاولاد حينئذ ولم أره (قوله وعندهما اليها) لان النكاح شرع صيانة لها عن السفاح وذا انما يكون اذا كان كل واحد منهما قاضيا شهوته والعزل يخل به فشرط رضاها كما فى الحرة بخلاف الامة المملوكة لانها لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها وللامة المنكوحة ولاية المطالبة فلا يجوز الا برضاها وله ان الامة لا حق لها فى قضاء الشهوة لان النكاح لم يشرع حقا لها ابتداء او بقاء فانها لا تتمكن من مطالبة سيدها بالتزويج وهو يخل بالمقصود وهو الولد وهو حق المولى لا حق الامة بخلاف الحرة ولهذا لو كان زوج الامة عنينا لا يكون لها حق الخصومة وانما يكون لمولاها فيما روى عن أبى حنيفة وأبى يوسف لما ذكرنا وفيه خلاف زفر زيلعى فان قلت قول الشارح وعندهما الخ يقتضى ان هذا مذهبهما فخالف

وبعد الوطء لا يسقط اجماعا ثم مطلق
السيد ينصرف الى العاقل البالغ حتى
لو كان صبيا قيل يسقط وقيل لا يسقط
كذا فى الفوائد الظهيرية (لا بقتل الحرة
نفسها) قبله عندنا وعند زفر والشافعى
يسقط وأما بعد الوطء لا يسقط اجماعا
(والاذن فى العزل لسيد الامة) عند
أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما
اليها لا الى مولاها وانما قيد بالامة

ماسيأتي منه من قوله وعن أبي يوسف ومحمد الخ وايضا يلزم التكرار قلت اشار شيخنا الى ما محصله انه يمكر
ان يكون الشارح قد اشار بما ذكره اولا وثانيا الى ان النقل عنهما قد اختلف (قوله لان في الحرة المنكوحة
الخ) لانه لما تعلق حقها بالولد وهو حق الحضانة كان الاذن اليها قال في البحر وينبغي ان يكون سد المرأة
فم رحمها كما تفعله النساء بغير اذن الزوج غير جائز قياسا على عزله بغير اذنها وفي الخانية قالوا في زماننا
يباح أي العزل عنها بغير اذنها لسوء الزمان قال في الفتح فليعتبر مثله من الاعذار مسقطا لاذنها وعلى
هذا فيباح لها سد فم الرحم بغير اذنه اه وظاهر قوله في البحر قياسا على عزله بغير اذنها ان الامة لها ان
تسد فم رحمها بغير اذنه وهذا ظاهر في الامة المنكوحة اما المملوكة فلا فليحرر وقد بحث صاحب النهر
في كلام البحر حيث قال وفيه نظر لان لها ان تعالج في اسقاطها الحمل كما سيأتي بشرطه فمنع سببه بالجواز
احرى والفرق بين هذا وبين كراهة العزل بغير اذنها لا يخفى على متأمل انتهى واقول فيه نظر لان محل
اباحة المعالجة على ما فيه كما سيأتي اذا كان برضا الاب والا فلا يجوز حموي (قوله ثم لا اختلاف في
جوازه في الامة المملوكة) لما روى عن أبي سعيد الخدري ان رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال
ان لي جارية وانا أعزل عنها واكره ان تحمل وان اليهود تحدث أن العزل الموؤدة الصغرى قال كذبت
يهود لو اراد الله ان يخلقه ما استطعت ان تصرفه قالوا وكذلك المرأة يسعها ان تعالج لاسقاط الحبل ما لم
يستبن بشيء من خلقه وذلك ما لم يتم له مائة وعشرون يوما قال شيخنا وقد اعاد الزيلعي هذه المسئلة في ثبوت
النسب معللا بأنه لا يستبين الا في مائة وعشرين يوما قال الكمال وهذا يقتضي انهم ارادوا بالتخليق نفخ
الروح والا فهو غلط لان التخليق يتحقق بالمشاهدة قبل هذه المدة اه وفي الخانية ولا أقول بأنه يباح
الاسقاط مطلقا فان المحرم اذا كسر بيض الصيد يكون ضامنا لانه اصل الصيد فلما كان يؤاخذ بالجزاء
ثم فلا اقل من ان يلحقها اثم ههنا اذا اسقطت بغير عذر اه وينبغي الاعتماد عليه لان له اصلا صحيحا يقاس
عليه والظاهر ان هذه المسئلة لم تنقل عن أبي حنيفة صريحا ولهذا يعبرون عنها بصيغة قالوا بحر والموؤدة
من وأد ابنته دفنها حية وبابه وعد وكانت كندة تئد البنات مختار الصحاح ثم اذا عزل فظهر بها حبل هل
يجوز نفيه قالوا ان لم يعد الى وطئها وعاد بعد البول جاز له نفيه والا فلا زيلعي وينبغي ان يزاد بعد غسل
الذكر كذا بخطه وقوله اوعاد بعد البول وعزل في العود أيضا شيخنا عن الحانوتي ثم الظاهر من كلام
الزيلعي جواز نفيه بعد العزل وان كانت محصنة وفي النهر عن الخانية قيده بغير المحصنة (قوله ثم
العزل مباح) برضا المرأة الحرة او برضا مولى امرأته الامة وفي الامة المملوكة بغير رضاها تبيين
(قوله ولو تزوجت) فاعله قول المصنف امة حموي (قوله واعتقت) كان الصواب العطف بالفاء اوثم
كما في الهداية وفي قوله اعتقت شيء لان الاعتبار للعتق دون الاعتاق حموي ولو ابدل الصواب بالاولى
لكان اولى اذ الواو لا تنافي ما يستفاد من الفاء وثم وان لم تكن نصا فيه (قوله امة) تنازع فيه تزوجت
وأعتقت وشمل اطلاق الامة القنة والمدبرة وأم الولد وشمل الكبيرة والصغيرة فاذا أعتقت الصغيرة
توقف خيارها الى بلوغها لان فسخ النكاح من التصرفات المترددة بين النفع والضرر فلا تملكه الصغيرة
ولا يملكه وليها علم بالقيامه مقامها بحر عن جامع الفصولين (قوله او مكاتبة) ولو حكما كمعتقة البعض
نهر (قوله خيرت) في مجلس علمها بالعتق ولو في عدة الرجعي سواء كان برضاها او لا ولو صغيرة تأخر الى
بلوغها وليس لها خيار بلوغ في الاصح كامر ولو اختارت نفسها بلا علم الزوج يصح وقيل لا ولو لم تعلم ان
لها الخيار حتى ارتدا ولحقا بدار الحرب وفسخت صح الا اذا قضى باللحاق وكذا الامة الحربية اذا تزوجها
حربي ثم أعتقت خيرت سواء علمت في دار الحرب او في دارنا بعد الاسلام وليس هذا بحكم على من في دار
الحرب بل فتوى ويبطل بما يدل على اعراض كخيار المخيرة ولو جعل لها قدرا على ان تختاره ففعلت
سقط خيارها نهر وهل تستحق القدر او لا لم اره والظاهر انها لا تستحقه اذ هذا من الحقوق المجردة التي
لا يصح الاعتياض عنها كحق الشفعة بل اولى (قوله فلا مهر لاحد) أي لا للسيد ولا لها كما هو صريح

لان في الحرة المنكوحة الاذن اليها في
العزل اجماعا ثم لا اختلاف في جوازه في
الامة المملوكة وأما في الامة المنكوحة
فالاذن في العزل الى المولى وعن أبي
يوسف ومحمد ان الاذن اليها ثم العزل هو
مباح (ولو) تزوجت باذن سيدها (ثم)
واعتقت أمة أو مكاتبة خيرت) بين
ابقاء النكاح وفسخه فان اختارت
نفسها اولا فلا مهر لاحد

كلامه قلت وهذا اذا حصل العقد ولم يطأها اما لو وطئها يجب المهر فان كان الوطء قبل العتق فالمهر له
والا لها حموي اخذا مما سيأتي في المتن (قوله وان اختارت زوجها فالمهر لسيدها) مثله في الدر المختار
وهو باطلاقه شامل لما اذا كان العتق قبل الوطء فيشكل بما سيأتي في المسئلة التي تليها حيث قال فلو
وطئ قبله فالمهر له والا لها الا ان يحمل هذا الاطلاق على ما اذا وطئها بعد العتق (قوله ولو كان زوجها
حرا) اوكانت عند النكاح حرة ثم صارت امة كما في التنوير وانما كان كذلك لقوله عليه السلام لبريرة
حين اعتقت ملكت بضعك فاختاري وكان زوجها حرا كما في الصحيحين واورد ان هذا لا يتناول
المكاتبة لانها كانت مالكة لبضعها قبل العتق ويمكن ان يجاب بان المراد ملكا تاما وهو قبل العتق
ليس تاما ألا ترى ان نكاحها كان موقوفا على اذنه نهر وقوله يمكن ان يجاب بان المراد ملكا تاما كذا
بخطه وتوجيهه ان الخبر محذوف دل عليه ما تقدم من قوله ملكت بضعك شيخنا (قوله وقال الشافعي
لا خيار للمكاتبة) لانه لا نفاذ للنكاح الا برضاها فصارت كالحرة بخلاف الامة لان رضاها غير معتبر
ولنا ما روى من حديث بريرة وكانت مكاتبة ولان الملك يزداد عليها كالامة وهو الموجب زيلعي وورد
أن بريرة قالت لعائشة اني كاتبت أهلي على تسع اواق في كل عام أوقية فأعينيني فقالت عائشة ان
أحب اهلك ان أعدها لهم عدتها ويكون ولاؤك لي فعلت فذهبت بريرة الى اهلها فأبوا عليها فجاءت
وقالت لعائشة اني قد عرضت عليهم ذلك فأبوا علي الا ان يكون الولاء لهم فسمع صلى الله عليه وسلم ذلك
فقال عليه السلام خذيها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن اعتق ففعلت عائشة ثم قام عليه السلام في
الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال فما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ما كان من شرط
ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط قضاء الله احق وشرط الله أوثق وانما الولاء لمن اعتق
شيخنا عن غاية البيان بقي ان يقال معنى ما سبق من قول عائشة ان أحب أهلك ان اعدها لهم الخ على
ان يكون ذلك ثمنا بدليل قوله صلى الله عليه وسلم خذيها فاعتقيها وعن عائشة قالت دخلت بريرة وهي
مكاتبة فقالت اشتريني واعتقيني كما في مختصر البخاري لابن جماعة (قوله وقال أيضا لا خيار لها ان كان
زوجها حرا) لحديث بريرة من رواية عائشة انه عليه الصلاة والسلام خيرها وكان زوجها عبدا ولان
العبد ليس بكفء لها فثبت لها الخيار بخلاف الحر ولنا حديث عائشة ان زوج بريرة كان حرا حين
أعتقت رواه البخاري ومسلم ولان الخيار لازدياد الملك عليها وهذا المعنى لا يختلف بين ان يكون حرا
أو عبدا وحديثنا أولى لكونه مثبتا وليس فيما روى دلالة على انه اذا كان حرا لا يكون لها الخيار فلا
يمكن الاحتجاج به الا على ثبوت الخيار لها فيما اذا كان زوجها عبدا ونحن نقول بموجبه وبموجب
الحديث الآخر فنقول كان عبدا قبل ان تعتق بريرة ثم أعتق وكان حرا حين أعتقت جمعا بين
الحديثين وقوله ليس بكفء ليس بشيء لان الكفاءة انما تعتبر في الابتداء دون البقاء فان قيل كيف
تقدم حقها على حق الزوج حتى كان لها ابطال حقه دفعا للضرر عنها بالحاق الضرر عليه قلنا لما كان
لها دفع الزيادة ولا يمكن ذلك الا بابطال اصل النكاح كان لها ابطال حقه دفعا للضرر عنها ولان الزوج
قد رضي به حيث تزوجها مع علمه انها قد تعتق زيلعي واعلم ان خيار العتق يخالف خيار البلوغ في انه
يبطل بالقيام عن المجلس وان الجهل به عذر وانه يثبت للامة فقط وانه لا يبطل بالسكوت ولو كانت بكرا
وان الفرقة فيه لا تتوقف على القضاء كذا في الخانية وفرق بينهما بان الامة لا تتفرغ للعلم بخلاف
الحرة قال في جامع الفصولين ومقتضاه ان المخيرة لو كانت امة تعذر بالجهل قال في البحر والظاهر
الاطلاق اذ قد علموا بان سبب الخيار في العتق لا يعرفه الا الخواص لخفائه بخلاف خيار البلوغ لانه يعرفه
كل احد وقالوا ان الفرقة به ليست بطلاق ولهذا كان لها ان تختار ولو حائضا نهر وقوله وانه يثبت
للامة فقط يعني دون العبد بخلاف خيار البلوغ فانه يثبت لكل من الزوجين وبريرة براءين مهملتين
على وزن كريمة وكان اسم زوجها مغيثا وكان عبدا لآل بني أحمد كذا قال صاحب السنن وقال الشيخ

وان اختارت زوجها فالمهر لسيدها
(ولو) كان (زوجها حرا) وقال الشافعي
لا خيار للمكاتبة وقال أيضا لا خيار لها
ان كان زوجها حرا

أبو جعفر الطحاوى فى شرح الآثار كان مغيث عبد الآل المغيرة من بنى مخزوم شيخنا عن غاية البيان أى ثم عتق قبل عتق بريرة بدليل ما قدمناه (قوله ولو نكحت بلا اذن فعتقت) عبارة الهداية ثم عتقت جوى (قوله فعتقت) بفتح أوله مبنيا للفاعل ولا يجوز ضمه بالبناء للمفعول لانه لازم جوى عن شرح ابن الحلبى وفرضها فى الامة وان كان العبد كذلك ليترتب عليها المسئلة التى تليها تفريعا نهر وهى ما يأتى من قوله فان وطئ قبله الخ قال السيد الجوى ويجوز ان يكون تخصيصه بالامة ليفرع عليها مسئلة الخيار لانها تختص بالاماء دون العبيد اه بقى ان تقييد كون النكاح بدون اذن المولى بالاحتراز عما لو كان باذنه أخذا من تعليلهم عدم ثبوت الخيار لها بان النكاح نفذ بعد العتق وبعد النفاذ لم يزدد الملك عليها (قوله نفذ النكاح بلا خيار) لان النفوذ بعد العتق فلا يتصور ازدياد الملك عليها او ثبوت الخيار باعتباره زيلعى وكذا لا خيار لها لو اقترنا بان زوجها فضولى وأعتقها فضولى واجازهما المولى در واعلم ان الاقتران بالنسبة للاجازة بان أجازهما المولى معا فلا يشترط كون التزويج والاعتاق واقعين معا وكذا ينفذ النكاح اذا تزوجت بدون اذنه فباعها فأجاز المشترى ذلك النكاح الذى وقع منها عند المولى البائع عزمى ودرر وقيد بالنكاح لانها لو اشترت شيئا بغير اذن مولاها ثم عتقت بطل لتغير المالك وبالامة لان الحرة الصغيرة لو نكحت بلا اذن ثم بلغت توقف على اجازتها وكذا الولى الابعد اذا زوج مع وجود الاقرب ثم انتقلت الولاية اليه توقف على اجازة مستأنفة اطلق فى الامة فشمل المدبرة وام الولد الا ان هذا مسلم فى المدبرة اذا اعتقت فى حياة المولى اما ان عتقت بموته ولم تخرج من الثلث توقف نفاذه حتى تؤدى السعاية عند الامام وعندهما يجوز وأما أم الولد فان دخل بها الزوج قبل العتق نفذ والا لا سواء عتقت فى حياته او بموته لان العدة بالعتق وجبت عليها من المولى وهى تمنع نفاذ النكاح غير أنها لما وجبت من الزوج بوطئه لم تجب من المولى وهذا انما يصح على رواية ابن سماعة عن محمد من وجوب العدة من الزوج أما على ظاهر الرواية لا تجب وعلى هذا تفرع ما لو زوجت الامة نفسها بلا اذن فدخل بها الزوج ثم مات المولى فأجاز الابن جاز على رواية ابن سماعة لا على رواية الاصل نهر وقوله وأما أم الولد فان دخل بها الزوج قبل العتق نفذ والا لا يعنى ان لم يدخل بها الزوج قبل العتق لا ينفذ بل يبطل لانه لا يمكن توقفه مع وجود العدة اذ النكاح فى عدة الغير فاسد كما فى البحر فعلى هذا ينبغى ان يستثنى أم الولد من اطلاق المصنف جوى (قوله وقال زفر لا ينفذ) لانه كان موقوفا على اجازة المولى والاعتاق ليس باجازة وبعد العتق ارتفعت ولايته فيبطل (قوله فلو وطئ قبله فالمهر له) لانه استوفى منافع مملوكة له أطلق فى المهر فعم ما لو كان يزيد على مهر مثلها كما فى الدرر ولو خلا العقد عن التسمية وجب له مهر المثل نهر قال الراجى عفو ربه هذه المسئلة مشكلة بما ذكر فى باب المهر من ان للمرأة حبس نفسها عن الزوج لاستيفاء المهر وان وطئها برضاها مع اللا بان المهر مقابل بكل الوطآت فينبغى ان يكون لها شئ من المهر بمقابلة ما استوفى بعد العتق ولا يكون الكل للمولى زيلعى واجاب فى البحر بان قسمته على جميع الوطآت اذا لم يختلف المستحق لان الجهالة لا تضر فيه واما اذا اختلف المستحق كما فى هذه المسئلة فلا يمكن قسمته فاستحقه بتمامه من حصل الوطء الاول على ملكه وفيه بحث اذ يلزم على ما ادعاه انه لو اشترى جارية فزوجها ودخل بها الزوج ثم استحق نصفها ان لا يقسم المهر بينهما لانه اختلف المستحق وهو خلاف الواقع نهر واجاب الشيخ شاهين بان مسئلة الاستحقاق ورد العقد على ملكهما بخلاف هذه المسئلة فان استحقاق الجارية عارض بسبب العتق فلا تزاحم سيدها فى ملكه وقت العقد فلا يقسم المهر بينهما اه (قوله والا فالمهر لها) وان كان يزيد على مهر مثلها لانه استوفى منفعة مملوكة لها درر (قوله ومن وطئ أمة ابنه) ولو صغيرا نهر أى حر مسلم حتى لو كان عبدا أو مكاتبا أو كافرا لا تصح دعوته لانه لا ولاية له على المسلم وكذا اذا كان مجنونا ولو أفاق ثم ولدت لاقل من ستة أشهر صح استحسانا زيلعى قال فى البحر وفيه اشارة الى انه لو ادعاه قبل الولادة لم يصح ولم أره واقول ينبغى انها لو ولدته لاقل من ستة

(ولو نكحت بلا اذن) المولى (فعتقت) قبل اذن المولى (نفذ) النكاح (بلا خيار) لها وقال زفر لا ينفذ (فلو وطئ) زوجها والمسئلة بحالها (قبله) أى قبل العتق (فالمهر له) أى للمولى (والا) أى وان لم يدخل بها حتى أعتقها مولاها فالمهر (لها ومن وطئ أمة ابنه

اشهر من وقت دعوته ان يصح وظاهر ان فرض المسئلة فيما اذا ادعاه وحده فلو ادعاه مع الابن قدم الابن ولو كانا شريكين قدم الاب والفرق لا يخفى نهر وان كان الاب مرتدا فدعوته موقوفة عند الامام نافذة عندهما جوى عن البرجندى ولو كانا من اهل الذمة ولو اختلفت ملتاهما صحت نهر واراد بالامة القنة اذ هى القابلة للانتقال من ملك الى آخر بقرينة قوله وصارت أم ولده فلو ادعى ولد أم ولده المنفى أو مدبرته او مكاتبته توقف صحتها على تصديق الابن كما فى المحيط قيد بابنه لانه لو وطئ أمة اصله وان علا أو زوجته فادعى ما جاءت به لم يثبت نسبه الا ان يصدقه المالك فى انها حلال له وان الولد منه واذا لم يصدقه ثم ملكها ثبت النسب منه نهر وعن أبى يوسف أنه يثبت النسب من الاب فى المدبرة وعليه قيمة الولد والعقر برجندى (فرع) وطئ جارية ابنه مرارا كان عليه مهر واحد لان الكل كان بشبهة واحدة وهى شبهة التملك ولو وطئ الابن جارية أبيه مرارا وادعى الشبهة كان عليه لكل وطء مهر لان المهر وجب بسبب دعوى الشبهة ولو لم يدع الشبهة كان عليه الحد فان تكرر دعوى الشبهة تكرر المهر بخلاف الاب لان الاب لا يحتاج الى دعوى الشبهة جوى عن قاضيخان واعلم ان ظاهر اطلاقه شامل لما لو كانت الامة موطوءة الابن وبه صرح فى الظهيرية والحكم فى وطء امة البنت كأمة الابن جوى عن البرجندى فلو أبدل المصنف الابن بالولد لكان أولى ليشمل الذكر والانثى (قوله فولدت) عطف على محذوف أى وانقضت مدة الحمل فولدت او يقال الترتيب ذكرى لا زمانى سيدى جوى قيد بالولادة لانها لو لم تلد وجب عقرها وارتكب محرما ولا يحد قاذفه فى الوجهين نهر أى الولادة وعدمها (قوله فادعاه) أى ادعى الاب الولد عند قاض كما فى شرح ابن الحلبى ويستفاد من العطف بالفاء انه لا بد ان يدعيه فور الولادة ولم اره صريحا جوى (قوله صدقه الابن فيه) أى فى الادعاء المفهوم من ادعى جوى (قوله اذا كانت) أى كلها فى ملك الابن فلو كانت مشتركة بينه وبين الاب او غيره وجبت حصة الشريك من العقر وقيمة باقيها لانتفاء موجب الملك اذ ما فيها من الملك يكفى لصحة الاستيلاد واذا صح يثبت الملك فى باقيها حكماله لا شرطا بحر ونهر عن الفتح (قوله من وقت العلوق الخ) فلو جاءت به فى غير ملكه او فيه واخرجها عن ملكه ثم استردها لم تصح الدعوة لان الملك انما يثبت بطريق الاستناد الى وقت العلوق فيستدعى قيام ولاية التملك من حين العلوق الى التملك اقول هذا يفيد انه لو باعها لاخيه مثلا ان تصح الدعوة ولم أره قال فى البحر هذا ان كذبه الابن فان صدقه صحت الدعوة ولا يملك الجارية كما اذا ادعاه أجنبى ويعتق على المولى كما فى المحيط واقول المذكور فى الشرح وعليه جرى فى فتح القدير وغيره انه لا يشترط فى صحتها دعوى الشبهة ولا تصديق الابن نهر (قوله ويجب عليه قيمتها) فقيرا كان او موسرا لانه وان كان له تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء ولهذا كان له تملك امته للحاجة الى صيانة مائه الا ان الحاجة الى ابقاء نسله دونها الى ابقاء نفسه فلهذا تملك أمته بقيمتها والطعام بغير قيمة نهر فاستفيد من قوله ان الحاجة الى ابقاء نسله دونها الى ابقاء نفسه ان الحاجة الى ابقاء نسله قاصرة ولهذا يحل له عند الحاجة الطعام لا الوطء ويجبر على نفقة أبيه لا على جارية لتسريه در (قوله يوم علقت) نقل السيد الجوى عن الاشباه ان قيمتها تعتبر قبل العلوق ونقل عنها أيضا ان المراد من قيمتها ثمن مثلها لا قيمتها بالغة ما بلغت اه والظاهر ان المراد من يوم العلوق فى كلام المصنف الوقت الذى اتصل به العلوق فيؤول الى ما ذكره فى الاشباه وعلقت بابه طرب شيخنا (قوله لا عقرها) قال فى التبيين وهذا الملك يثبت قبيل الاستيلاد شرطا له فيتبين انه وطئ ملك نفسه فلا يجب عليه المهر (قوله ولا قيمة ولدها) لانه انعلق حرا لتقدم الملك عليه ما لم تكن مشتركة فتجب حصة الشريك در (قوله لا تصير أم ولد له) لان المصحح للاستيلاد حقيقة الملك أو حقه وكلاهما غير ثابت للاب زيلعى (قوله ويكون الولد حرا) لانه ملكه أخوه فيعتق عليه (قوله وعليه العقر) لخلو الوطء عن الملك وسقط الحد للشبهة (قوله وقال زفر والشافعى يجب العقر) لان الوطء وجد فى غير الملك اذ الملك انما يثبت ضرورة تصحيح الاستيلاد صيانة

فولدت فادعاه ثبت نسبه منه وصارت أم ولده) مطلقا سواء كان ادعى شبهة أم لا صدقه الابن فيه أم لا اذا كانت فى ملك الابن من وقت العلوق الى حين الدعوة (و) يجب (عليه قيمتها) يوم علقت (لا عقرها) وهو صداق الامة (و) لا (قيمة ولدها) وقد ذكر ابن سماعة ان آخر ما استقر عليه قول أبى يوسف ان الجارية لا تصير أم ولده ويكون الولد حرا بالقيمة وعليه العقر للابن وقال زفر والشافعى يجب العقر وانما قيد بالدعوة لان الاستيلاد

لمانه عن الضياع فيثبت الملك قبيل العلوق فلا ضرورة فى نقله الى حال الوطء ولنا ان المصحح للاستيلاد حقيقة الملك او حقه وكلاهما غير ثابت للاب فلابد من تقديمه ليصح الاستيلاد بوقوع الوطء فى ملكه فلا يجب عليه العقر زيلعى (قوله لا يتحقق بدون دعوته) لان الامة فراش ضعيف والضمير فى دعوته كما فى بعض النسخ للولد المفهوم من الاستيلاد وفى بعض النسخ بدون دعوة وفى بعضها بدون الدعوة حموى (قوله ودعوة الجد الخ) ويشترط ان تثبت ولايته من وقت العلوق الى وقت الدعوة حتى لو أتت بالولد لاقل من ستة أشهر من وقت انتقال الولاية اليه لم تصح دعوته لما ذكرنا فى الاب زيلعى أما أب الام وسائر ذوى الارحام فلا تصح دعوتهم نهر لانه لا ولاية لهم فى تملك المال عند الحاجة (قوله بالموت الخ) أو الجنون زيلعى (قوله ولو زوجها اياه) ولو فاسدا أو تزوجها الاب بان كان الولد صغيرا كما فى الخانية ولو قال ولو تزوجها لافاد المسئلتين نهر (قوله لم تصر الامة أم ولده) لان انتقالها الى ملك الاب لصيانة مائه وقد صار مصونا بدونه فلا حاجة اليه در ومن الحيل ان يملك أمته لطفله ثم يتزوجها در (قوله ويجب المهر) لالتزامه اياه بالنكاح وهو ان لم يكن مسمى مهر مثلها فى الجمال أى ما يرغب فى مثلها جمالا فقط لا ما قيل ما يستأجر به مثلها للزنا لو جاز وفى الجوهرة وذكر السرخسى ان العقر أى المهر فى الحرائر هو مهر المثل وفى الاماء عشر قيمتها لو بكرا ونصف العشر لو ثيبا نهر (قوله لانه صح النكاح) لو قال كما فى التبيين لالتزامه بالنكاح لكان أولى لشمول العلة ما لو كان النكاح فاسدا ووطئها وولدت كما صرح به فى التبيين (قوله وعند الشافعى لا يصح) لان ماله من الحق يمنع صحة النكاح فصارت كجارية مكاتبه أو كمكاتبته ولنا ان المانع من النكاح حقيقة الملك أو حقه وكلاهما منتف عن الاب وانما له حق التملك وذلك لا يمنع صحة النكاح الا ترى ان الواهب له التزوج بالموهوبة وان كان له حق التملك بالاسترداد وحق الملك يمنع كما فى كسب المكاتب وفى المكاتبة حقيقة الملك ثابت زيلعى وقوله وحق الملك يمنع كما فى كسب المكاتب فان للسيد حقا فيه فيمنع من صحة تزوجه بامة من كسبه وانما ذكر الخبر فى قوله وفى المكاتبة حقيقة الملك ثابت لاكتساب المبتدا التذكير شيخنا (قوله لا القيمة) لعدم ملك الرقبة زيلعى (قوله وولدها حر) لانه ملكه أخوه فعتق عليه زيلعى (قوله لسيد زوجها) الحر المكلف در (قوله اعتقه عنى بالف) أو زادت ورطل من خمر اذ الفاسد هنا كالصحيح در (قوله وفسد النكاح) وكذا لو قال رجل تحته أمة لمولاها أعتقها عنى بالف ففعل عتقت الامة وفسد النكاح ويسقط فى المسئلة الاولى المهر لاستحالة وجوبه على عبدها ولا يسقط فى الثانية وعند زفر لا يفسد النكاح لعدم الملك وتحقيق الخلاف ان البدل اذا ذكر ثبت الملك بالاقتضاء عندنا فصار كما لو قالت بعه منى بكذا ثم أعتقه عنى وقول المولى أعتقت بمنزلة قوله بعته منك وأعتقته عنك فاذا ثبت الملك اقتضاء فسد النكاح وزفر لا يقول بالاقتضاء فلا يثبت الملك فلا يفسد النكاح عنده درر والاقتضاء دلالة اللفظ على مسكوت يتوقف صدقه أو صحته عليه ولما كان ثبوت البيع بطريق الاقتضاء سقط القبول الذى هو ركن البيع بحر وفيه بحث اذ ما قدمناه عن الدرر من ان قوله أعتقت بمنزلة قوله بعته منك وأعتقته عنك يشير الى انه قائم مقام القبول ولا يثبت فيه خيار الرؤية والعيب ولا يشترط كونه مقدور التسليم حتى صح الامر باعتاق الآبق ويعتبر فى الآمر أهلية الاعتاق حتى لو كان صبيا مأذونا لم يثبت البيع بهذا الكلام لكونه ليس أهلا للاعتاق وقد يكون المأمور فعل ما أمر به لانه لو زاد عليه بان قال بعتك بالف ثم أعتقت لم يصر مجيبا بل كان مبتدئا ووقع العتق عن نفسه لعدم القبول غاية وسعدى ولا يفسد النكاح فى مسئلة الكتاب بحر ومفاده انها لو قالت قبلت وقع عن الآمر در (قوله وولاؤه للآمرة) ويصح عن كفارتها لو نوت به كما فى الوقاية حموى وقال زفر لا يفسد لوقوع العتق عن المأمور لان هذا الكلام خرج باطلا لان الاعتاق عن غير المالك لغو اذ لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فيقع العتق عن مالكه وهو المأمور كما اذا لم تسم الالف ولنا انها أمرته باعتاق عبده عنها ولا يتصور ذلك الا بتقديم ملكها فيه فيقدر تقديمه اقتضاء كمن قال لامرأته المدخول بها اعتدى ونوى الطلاق فانه

لا يتحقق بدون دعوته (ودعوة الجد كدعوة الاب حال عدمه) أى عدم ولاية الاب بالموت أو الرق أو الكفر أما عند ثبوت ولايته لا تثبت الولاية للجد فلا تصح دعوته والدعوة فى النسب بالكسر هى الادعاء وفى الطعام بالفتح هى الدعاء (ولو زوجها) أى الابن امته (اباه وولدت لم تصر) الامة (أم ولده ويجب المهر) لانه صح النكاح وعند الشافعى لا يصح (لا القيمة) أى قيمة الامة (وولدها حر) بلا قيمة (حرة) تحت عبد (قالت لسيد زوجها اعتقه عنى بالف) تقديره بعه منى واعتقه نائبا عنى (ففعل) عتق العبد و(فسد النكاح) وسقط المهر وعليها للمولى الف وولاؤه للآمرة وقال زفر لا يفسد (ولو لم تقل بالف) وباقى المسئلة بحالها (لا يفسد) النكاح (والولاء له) اى للمعتق عندهما

يقع لانه لا صحة للاعتداد الا بتقديم الطلاق لا يقال ان البيع ينعقد بالايجاب لانا نقول نعم اذا كان مقصودا وأما اذا دخل فى ضمن شئ آخر فلا ولا يقال ان الملك للآمر مختطف غير مستقر ومثله لا يوجب فسخ النكاح كالوكيل اذا اشترى زوجته للموكل لانا نقول الملك لما ثبت ثبت بموجبه وانفساخ النكاح لازم للملك فلا يفارقه ولا نسلم ان المشترى يدخل فى ملك الوكيل بل يقع الملك ابتداء للموكل فى الصحيح ولئن وقع الملك للوكيل فقد تعلق به حق الموكل حالة ثبوته ومثله لا يوجب فسخ النكاح بخلاف ما نحن فيه فان العبد لم يتعلق به حق الغير زيلعى (قوله وقال أبو يوسف الولاء لها) والنكاح فاسد لانه يقدم الملك بغير عوض تصحيحا لتصرفه ويسقط القبض كما سقط القبول فى البيع المقدر بل أولى لان القبول فى البيع ركن والقبض فى الهبة شرط فلما سقط الركن فاولى ان يسقط الشرط وصار كالامر بالتكفير عنه بالاطعام ولهما ان القبض فعل حسى فلا يدخل فى ضمن القول وانما يدخل فى الضمن الحكمى لا الحسى ولا تأثير لكونه ركنا أو شرطا الا ترى ان الطهارة ونية الصلاة لا يسقطان وهما شرطان فيها والقيام والقراءة يسقطان بالعذر وهما ركنان والفقير فى مسئلة التكفير ينوب عن الآمر فى القبض لكون الطعام قائما قابلا للقبض فيتم به الهبة ثم يصير مؤديا الى نفسه بحق الكفارة أما العبد فلا يمكن ان يجعل قابضا نيابة عن الآمر لان ماليته تتلف بالاعتاق فلا يقع فى يده شئ لينوب عن الآمر ولانه عند عدم ذكر المال يحتمل ان يقدر هبة ويحتمل ان يقدر بيعا فاسدا لعدم ذكر الثمن وليس البعض باولى من البعض فوقعت الجهالة فى التقدير زيلعى لكن فى قوله ان الطهارة ونية الصلاة لا يسقطان نظر لانه سبق ان مقطوع اليدين والرجلين اذا كان بوجهه جراحة يصلى بغير طهارة وسبق ان من استولت عليه الهموم بحيث لا يمكنه استحضار العزيمة بقلبه يكفيه التلفظ بلسانه

(باب نكاح الكافر)

هذا أولى من قول صاحب الهداية نكاح أهل الشرك لان الباب مشتمل على أنكحة أصناف أهل الكفر غير مختص بالمشركين ولانه لا يشمل الكتابى الا على القول بان أهل الكتاب داخلون فى المشركين على ما اختاره البعض حموى وههنا ثلاثة أصول الاول كل نكاح صحيح بين المسلمين فهو صحيح بين أهل الكفر خلافا لمالك ويرده قوله تعالى وامرأته حمالة الحطب وقوله عليه السلام ولدت من نكاح لا من سفاح والثانى كل نكاح حرم بين المسلمين لفقد شرطه كعدم شهود يجوز فى حقهم اذا اعتقدوه عند الامام ويقرون عليه بعد الاسلام والثالث كل نكاح حرم لحرمة المحل كالمحارم يقع جائزا وقال مشايخ العراق بل فاسدا وعليه فتجب النفقة ويحد قاذفه واجمعوا انهم لا يتوارثون لان الارث ثبت بالنص على خلاف القياس فى النكاح الصحيح فيقتصر عليه تنوير وشرحه وقوله واجمعوا انهم لا يتوارثون أى بهذا السبب وأما بالنسب فيتوارثون (قوله الا ان الكافر أدنى منه) أشار به الى الجواب عما عساه ان يقال حيث كان الرق أثر الكفر كان ينبغى تقديم نكاح الكافر على نكاح الرقيق (قوله تزوج كافر) قيد بكون المتزوج كافرا لان المسلم لو تزوج ذمية فى عدة كافر ذكر بعض المشايخ انه يجوز ولا يباح له وطؤها حتى يستبرئها وقالا النكاح باطل كذا فى الخانية أقول وينبغى ان لا يختلف فى وجوبها بالنسبة الى المسلم لانه يعتقد وجوبها الا ترى ان القول بعدم وجوبها فى حق الكافر مقيد بكونهم لا يدينونها نهر وقوله كذا فى الخانية قال شيخنا عبارتها والذمى اذا أبان امرأته الذمية فتزوجها مسلم أو ذمى من ساعته ذكر بعض المشايخ انه يجوز له نكاحها ولا يباح له وطؤها حتى يستبرئها بحيضة فى قول أبى حنيفة وفى قول صاحبيه نكاحها باطل حتى تعتد بثلاث حيض وروى أصحاب الامالى عن أبى حنيفة لا عدة عليها وقال شمس الائمة السرخسى اختلف المشايخ فى وجوب العدة على الذمية فى قول أبى حنيفة قال بعضهم لا عدة عليها وقال

وقال ابو يوسف الولاء لها والنكاح فاسد
(باب نكاح الكافر)
والمناسبة بينهما ظاهرة لان الرق اثر الكفر الا ان الكافر ادنى منه (تزوج كافر بلا شهود

بعضهم تجب العدة الا انها ضعيفة لا تمنع النكاح كالاستبراء بين المسلمين بخلاف ما اذا كانت الذمية معتدة من مسلم لان تلك العدة قوية فتمنع النكاح اهـ وقوله الا انها ضعيفة لا تمنع النكاح كالاستبراء بين المسلمين أى كما يجوز تزوج الامة حال قيام وجوب الاستبراء على السيد حموى واعلم انه يتفرع على ما سبق من ان العدة وان وجبت عند الامام على قول البعض الا انها لضعفها لا تمنع صحة النكاح ما ذكره الزيلعى بقوله فاذا صح النكاح فحالة الاسلام والمرافعة حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها وكذا وجوب العدة فى حالة البقاء لا ينافى صحة النكاح الا ترى ان المنكوحة اذا وطئت بشبهة بان تزوجها رجل ودخل بها يجب عليها العدة وتحرم على الاول على ما هو المختار واختار خواهر زاده ان العدة لا تجب ولا يحرم وطؤها على الاول وقيل ان كان الثانى عالما فكما اختاره خواهر زاده وان لم يعلم فكالاول الخ وقوله وقيل ان كان الثانى عالما الخ ذكره قاضيخان واقتصر عليه وقال صاحب الخلاصة وبه يفتى اهـ واعلم ان المراد من قول الزيلعى وتحرم على الاول أى ما دامت فى العدة (قوله أو فى عدة كافر) قيد بكونه فى عدة كافر لانها لو كانت فى عدة مسلم فانه لا يجوز بحر بخلاف المسلم اذا تزوج كافرة فى عدة كافر حيث يصح لان الاصح نفى وجوب العدة من طلاق الكافر (قوله وذا فى دينهم جائز) فيه ان الشرط جوازه فى دين الزوج خاصة ابن الكمال وفيه تأمل حموى ووجهه ما ذكره عزمى حيث اعترض على الدرر بجعله الشرط جوازه عند الزوجين فقال ان قول صاحب الهداية ومن تبعه وهو فى دينهم جائز أولى لان اعتقاد المتزوجين وحدهما غير كاف فى ذلك ولا حكم له اهـ (قوله ثم اسلما) أو ترافعا الينا ولم يذكره لانه معلوم بالاولى نهر (قوله وقال زفر النكاح فاسد فى الوجهين الخ) لان الخطابات عامة الا أنا لا نتعرض لهم لذمتهم اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا أو اسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق ولهما ان النكاح فى العدة لا يجوز اجماعا وقد التزموا أحكامنا فتلزمهم والنكاح بغير شهود مختلف فيه ولابى حنيفة ان العدة لا يمكن اثباتها حقا للشرع لكونهم غير مخاطبين به ولا حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم وذكر فى النهاية ان الاختلاف فيما اذا كانت المرافعة او الاسلام والعدة غير منقضية اما بعد انقضاء العدة لا يفرق بالاجماع زيلعى وقوله ولا حقا للزوج لانه لا يعتقده أى لا يعتقد وجوب العدة والا فالظاهر تأنيث الضمير فان قلت ان الكفار مخاطبون بالمعاملات والنكاح منها قلت هكذا استشكل المسئلة فى فتح القدير ولم يجب والجواب كما فى النهر عن البحر ان النكاح لم يتمحض معاملة بل فيه معنى العبادة (قوله لانه لو لم يدينوا جوازه لم يقرا عليه فى الاسلام) اجماعا قال فى الفتح فيلزم فى المهاجرة وجوب العدة اذا كانوا يعتقدون لان المضاف الى تباين الدارين الفرقة لا نفى العدة نهر (قوله فرق بينهما) أى فرق القاضى أو الذى حكماه در وقال البرجندى ظاهر العبارة يدل على انه لا تقع البينونة بالاسلام وقال قاضيخان تبين بدون تفريق القاضى ذكره فى القنية حموى (قوله اذا اسلما) وكذا باسلام أحدهما او مرافعتهما جميعا لا بمرافعة احدهما عند الامام خلافا لهما نهر اذ بمرافعة احدهما يبقى حق الآخر بخلاف اسلامه لان الاسلام يعلو ولا يعلى در ولو لم يترافعا قبل الاسلام لم يفرق بينهما وفى الغاية عن المحيط انه يفرق بطلب المطلقة ثلاثا اجماعا وكذا فى الخلع وعدة المسلم لو كانت كتابية وكذا لو تزوجها قبل زوج آخر فى المطلقة ثلاثا كذا فى الشرح وغيره والذى رأيته فى المحيط الرضوى بعد ما نقل ان المطلقة ثلاثا لو طلبت التفريق يفرق اجماعا قال وان لم يطلبا التفريق لا يفرق خلافا لابى يوسف وزفر الا فى مواضع يفرق من غير مرافعة بأن يخلعها ثم يقيم معها من غير عقد أو يطلقها ثلاثا ثم يتزوجها قبل التزوج بآخر وكذا لو تزوج كتابية فى عدة مسلم صيانة لماء المسلم اهـ وهذا مخالف لما فى الغاية من التوقف على الطلب فى الخلع ونحوه نهر وذكر فى الدر انه فى هذه المسائل الثلاثة يفرق من غير مرافعة بحر عن المحيط خلافا للزيلعى والحاوى من اشتراط المرافعة انتهى (قوله ثم هل لهذه الانكحة حكم الصحة) يعنى أنكحة الكفار محارمهم (قوله ولم يتعرض لهم بعقد الذمة) أى بسبب عقد الذمة وفيه ان وضع المسئلة غير مخصوص بالذمى حموى (قوله ولا ينكح مرتدا الخ) لان

اوفى عدة كافر) آخر (و) الحال ان
(ذا) أى التزوج بغير شهود ونكاح
المعتدة (فى دينهم جائز ثم أسلما اقرا
عليه) وقال زفر النكاح فاسد فى
الوجهين وقالا فى الوجه الاول كما
قال أبو حنيفة وفى الوجه الثانى كما
قال زفر وانما قيد بالجواز فى دينهم لانهم
لو لم يدينوا جوازه لم يقرا عليه فى الاسلام
(ولو كانت) الزوجة (محرمه فرق
بينهما) اذا أسلما ثم هل لهذه الانكحة
حكم الصحة فيما بينهم أم لا قال بعض
أصحابنا انها فاسدة فى حقهم اجماعا
وقال القاضى الامام أبو زيد ومن تابعه
ان نكاح المحارم صحيح فيما بينهم عند
أبى حنيفة وهو الصحيح حتى قال لو طالب
احدهما التفريق من القاضى لم يفرق
ويقضى لها بنفقة النكاح اذا طلبت
ولا يسقط احصانه اذا دخل بها حتى
لو اسلم فقذفه انسان يحد قاذفه عنده
ولو كان النكاح فاسدا لسقط احصانه
بالدخول بها وقالا هو باطل فى حقهم
(ولم يتعرض لهم بعقد الذمة) (ولا ينكح
مرتدا ومرتدة احدا) اى لا مسلمة
ولا مرتدة ولا كافرة ولا مسلما ولا مرتدا
ولا كافرا

النكاح يعتمد الملة ولا ملة له وما انتقل اليه لا يقر عليه عينى وهو أحسن مما علل به فى النهر حيث قال أما المرتد فلاستحقاقه القتل والامهال ضرورة التامل والنكاح يشغله عنه ولا يرد من وجب عليه القصاص لان العفو مندوب اليه وأما المرتدة فانها محبوسة للتامل وخدمة الزوج تشغلها ولهذا قال السيد بعد نقله فيه نظر لان ما ذكر لا يتمشى فى الامة المرتدة لانها لا تحبس بل تخلى مشغولة بخدمة الزوج (قوله ولا حربيا ولا ذميا) لا حاجة اليه فان الكافر يصدق بهما حموى (قوله والولد يتبع الخ) وهذا اذا لم تختلف الدار بان كانا فى دار الاسلام أو فى دار الحرب أو كان الصغير فى دار الاسلام وأسلم الوالد فى دار الحرب لانه من أهل دار الاسلام حكما وأما اذا كان الولد فى دار الحرب والوالد فى دار الاسلام فاسلم لا يتبعه ولده ولا يكون مسلما اذ لا يمكن ان يجعل الوالد من اهل دار الحرب بخلاف العكس زيلعى فما فى الفتح من قوله أو على العكس من سهو القلم نهر ويتفرع على عدم تبعية الولد لابيه حيث كان الولد فى دار الحرب وأبوه فى دار الاسلام انه يصح سبيه ويكون مملوكا للسابى وما فى حاشية الحموى من قوله ويكون مملوكا للذمى صوابه للسابى ولو أسلم أبوه فى دار الاسلام ثم سبى الصبى بعده وصار فى دار الاسلام فهو مسلم لانهما اجتمعا فى دار واحدة فاما قبل الاخراج الى دار الاسلام فلا يكون مسلما باسلامه لان اختلاف الدار يمنع التبعية فى الاحكام وعند عدم الابوين يتبع الدار حموى عن الايضاح والمفيد بقى ان يقال فى قول المصنف والولد يتبع خير الابوين دينا نظر لانه لا يشمل تبعية الولد لابيه المرتد اذا كانت امه نصرانية كما سيأتى فى باب المرتدين لان المرتد لا دين له الا ان يقال المراد الدين ولو حكما والمرتد باعتبار جبره على الاسلام قريب من المسلم فصار بهذا الاعتبار مسلما حكما حموى واعلم ان فى التقييد بالابوين ايماء الى انه لا يتبع الجد وهذه مما خالف فيه الجد الاب وتتصور تبعيته لامه المسلمة وأبوه كافر بان كانا كافرين فاسلمت فقبل عرض الاسلام عليه ولدت بحر عن المعراج (قوله خير الابوين دينا) تمييز محول عن المفعول وغلب الاب لشرفه حموى (قوله والمجوسى شر من الكتابى) اذ له دين سماوى دعوى ولهذا تؤكل ذبيحته ويجوز نكاح نسائهم للمسلمين فكان المجوسى شرا حتى اذا ولد بينهما ولد يكون كتابيا تبعا درر وقوله اذ له دين سماوى دعوى أى بحسب دعواهم فانهم يحسبون ان دينهم ليس بمنسوخ والا فهو ليس بدين سماوى الآن عزمى زاده وكذا الوثنى وسائر أهل الشرك شر من الكتابى والنصرانى شر من اليهودى فى الدارين لانه لا ذبيحة له بل يخنق كمجوسى وفى الآخرة أشد عذابا وفى جامع الفصولين ولو قال النصرانية خير من اليهودية أو المجوسية كفر لاثباته الخير لما قبح بالقطعى لكن ورد فى السنة ان المجوسى أسعد حالا من المعتزلة لاثبات المجوسى خالقين فقط وهؤلاء خالقا لا عدد له در عن البزازية واعلم ان خير وشر يستعملان للمفاضلة ولغيرها فاذا كانا للمفاضلة فاصلهما أخير وأشر على وزن أفعل وقد نطق باصلهما فروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لامته أنتم أخيرهم يوم القيمة أى أخير الامم وأما اذا لم يكونا للمفاضلة فهما من جملة الاسماء كقوله تعالى ان ترك خيرا حموى (قوله والشافعى يخالفنا فى ان الولد كتابى الخ) ويجعله مجوسيا لان المعارضة تحققت فاحدهما يوجب الحرمة والآخر يوجب الحل فيرجح ما يوجب الحرمة لقوله عليه السلام ما اجتمع الحلال والحرام فى شئ الا غلب الحرام الحلال بخلاف ما اذا كان أحدهما مسلما لان الكفر لا يعارض الاسلام ولنا ان حل الذبيحة والمناكحة من احكام الاسلام فيرجح بهما كما يرجح بالاسلام فلا تتحقق المعارضة وقوله يرجح ما يوجب الحرمة ينتقض بما لو كان أحدهما مسلما زيلعى (قوله ولو اسلم احد الزوجين) بالغا كان أو صبيا بشرط التمييز فيفرق باباء الصبى المميز باتفاق على الاصح بحر لكن فى الاطلاق مؤاخذة من وجه آخر اشتمل له ما لو كان الذى أسلم زوج الكتابية وليس كذلك فلو قيد المسئلة بالمجوسيين كما فى الدرر لكان أولى وكانه استغنى بما سيجىء من قوله ولو أسلم زوج الكتابية بقى نكاحها فان قلت يرد عليه ما لو أسلم زوج المجوسية فتهودت أو تنصرت حيث لا يفرق بينهما مع ان ظاهر كلامه يقتضى التفريق قلت يجاب بما فى البحر من انه يمكن ان يراد بالكتابية ولو مآلا فلا يرد

ولا حربيا ولا ذميا (والولد يتبع خير
الابوين دينا) فان كان احد الزوجين
مسلما فالولد على دينه وكذلك لو اسلم
احدهما وله ولد صغير صار ولده مسلما
باسلامه (والمجوسى شر من الكتابى)
فيكون الولد تابعا للكتابى والشافعى
يخالفنا فى ان الولد كتابى حتى لا تحل
ذبيحته عنده (ولو اسلم احد الزوجين

(قوله عرض القاضى الاسلام على الآخر) بالغا كان أو مميزا ولو كان غير مميز ينتظر عقله ولو مجنونا لم ينتظر لعدم نهايته فيعرض الاسلام على أبويه فان أسلم أحدهما بقى النكاح لتبعيته له فلو لم يكن له أى للمجنون أبوان فالحكم شرنبلالية قلت قال فى الدرفان لم يكن له اب نصب القاضى عنه وصيا فيقضى عليه بالفرقة باقانى عن البهنسى عن روضة العلماء للزاهدى اه (قوله أى وان أبى الاسلام فرق القاضى بينهما) ومنه ما اذا سكت غير انه فى هذه الحالة يكرر عليه العرض ثلاثا احتياطا نهر (قوله وان كان بعد الدخول يتوقف وقوع الفرقة بينهما على انقضاء ثلاثة أقراء) لان النكاح بعد الدخول متأكد فيؤجل الى ثلاث حيض ولنا ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه فرق بين نصرانى ونصرانية بابائه عن الاسلام رواه الطحاوى وأبو بكر بن العربى فى العارضة وظهر حكمه بينهم ولم ينقل الينا خلافه فكان اجماعا عينى ومنه تعلم ان المراد بالاقراء فى كلام الشارح الحيض والعارضة شرح الترمذى للاحوذى بالذال المعجمة شيخنا (قوله واباؤه طلاق) فتعتد اذا أسلمت بعد الدخول بها وأبى الزوج بحر بخلاف المهاجرة لانه لا خطر لنكاح الحربى لكونه ملحقا بالجماد واعلم ان المراد بالطلاق فى كلام المصنف البائن حموى عن النهاية ولفظه واباؤه طلاق بائن مطلقا سواء كان قبل الدخول أو بعده عندهما وعند أبى يوسف فسخ قال فى النهاية حتى لو اسلم الزوج لا يملك الرجعة تغليظا للامر عليه اه واطلق فى كون اباء الزوج طلاقا فعم الصغير المميز وكذا اباء أحد ابوى المجنون طلاق أيضا فى الاصح در وقوله وهو من اغرب المسائل حيث يقع الطلاق من صغير ومجنون زيلعى وفيه نظر اذ الطلاق من القاضى وهو عليهما لا منهما فليسا بأهل للايقاع بل للوقوع نظر فيه شيخنا التصريحهم بانه انما كان اباؤه طلاقا لانه لما فات الامساك بالمعروف وجب التسريح بالاحسان فان فعل والاناب القاضى منابه فكان تفريق القاضى بابائه بطريق النيابة عن المميز واحد أبوى المجنون وفعل النائب منسوب للمنوب عنه لا محالة فكان الطلاق واقعا منهما حكما اه وقوله فى الاصح يشير الى ان الاباء من احد ابوى المجنون لا يكون طلاقا بل فسخا على غير الاصح (قوله مطلقا سواء كان قبل الدخول او بعده) ثم ان كان الاباء منه وجب لها كل المهر فى المدخول بها او نصفه فى غير المدخول بها وان كان الاباء منها فلا شئ لها الا للموطوءة لان غير الموطوءة فوتت المبدل قبل تأكد البدل فاشبه الردة والمطاوعة در والمطاوعة بفتح الواو يعنى انها اذا ارتدت والعياذ بالله تعالى او مكنت ابن زوجها فان كان بعد الدخول كان لها المهر لتأكده بالدخول وان كان قبله فلا مهر لها عناية (قوله وعند أبى يوسف فسخ) لابى يوسف انه يتصور وجوده من المرأة وبمثله لا يقع الطلاق عينى فكان كالفرقة بسبب الملك ولهما انه لما فات الامساك بالمعروف وجب التسريح بالاحسان فان طلق والاناب القاضى منابه فى ذلك فيكون طلاقا اذا كان نائبا عمن اليه الطلاق لانه أى القاضى انما ينوب عنه فيما التفريق به والذى اليه الطلاق وفى هذا تصريح بانه لو طلق وقع ولم يحتج الى التفريق اما المرأة فالذى اليها الفسخ فاذا ابت ناب القاضى منابها فيه بخلاف الملك فان الفرقة فيه لا بهذا المعنى بل للتنافى واعلم ان فى جعل الاباء طلاقا نوع تجوز وفى الحقيقة انما هو سبب فقط كما يفصح عن ذلك ما مر نهر ولهذا قال الشلبى فان قلت فهذا صريح فى ان الاباء ليس بطلاق انما الطلاق تفريق القاضى بعد الاباء حيث لم يوجد من الزوج طلاق فكيف يستقيم قوله فى المتن واباؤه طلاق قلت لما كان الاباء سببا للتفريق القاضى اطلق عليه طلاقا من باب اطلاق السبب على المسبب وهو سائغ (قوله لا اباؤها) أى لا يكون الاباء منها طلاقا بل فسخا بالاتفاق (قوله ولم يكونا من اهل الكتاب) ينبغى تقييده ايضا بعدم تهودها او تنصرها لما قدمناه من ان تنصر المجوسية او تهودها بعد اسلام زوجها المجوسى حكمه حكم ما لو كانت وقت ان اسلم كتابية (قوله او كانا والمرأة هى التى اسلمت) احترز به عما لو كان الرجل هو الذى اسلم (قوله لم تبن حتى تحيض ثلاثا) او يمضى ثلاثة اشهر لو كانت آيسة او صغيرة نهر ووجه توقف البينونة على الحيض ان الاسلام ليس سببا لها ولا بد منها رفعا للفساد وعرض الاسلام متعذر لقصور الولاية فاقمنا شرطها فى

عرض) القاضى (الاسلام على الآخر فان اسلم) فهى امراته (والا) اى وان ابى الاسلام (فرق) القاضى (بينهما) ولا يتوقف مطلقا سواء كان قبل الدخول او بعده وقال الشافعى ان كان قبل الدخول وقعت الفرقة باسلام احدهما وان كان بعد الدخول يتوقف وقوع التفرقة بينهما على انقضاء ثلاثة اقراء ثم اعلم ان هذه الفرقة طلاق عند ابى حنيفة ومحمد اذا اسلمت المراة فقط وعند ابى يوسف لا تكون طلاقا اما اذا اسلم الزوج فتقع فلا تكون الفرقة طلاقا اتفاقا والى هذا اشار بقوله (واباؤه طلاق) مطلقا سواء كان قبل الدخول او بعده عندهما وعند ابى يوسف فسخ وقال الشافعى اباؤه بعد الدخول لا يكون طلاقا بل موقوفا كما مر آنفا (لا اباؤها) اى اباء احدهما (ولو اسلم احدهما) اى احد الزوجين (فى دار الحرب ولم يكونا من اهل الكتاب او كانا والمراة هى التى اسلمت فانه يتوقف (و) لم تبن) المراة مطلقا سواء دخل بها اولم يدخل (حتى تحيض ثلاثا) وقال الشافعى ان كان قبل الدخول وقعت الفرقة باسلام احدهما فى الحال وان كان بعد الدخول يتوقف على مضى ثلاثة قروء

الطلاق الرجعى وهو مضى المدة مقام السبب كما فى حفر البئر ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها والشافعى يفصل كما مر فى الاسلام فى دارنا واذا وقعت البينونة والمرأة حربية فلا عدة عليها وان كانت هى المسلمة فكذلك عند الامام خلافا لهما حموى وقوله فلا عدة عليها يعنى الا اذا كانت حاملا كما فى الشرنبلالية عن الكافى وقوله كما فى حفر البئر يعنى به ان للاضافة الى الشرط عند تعذر الاضافة الى العلة نظيرا فى الشرع وهو حافر البئر فى الطريق يضاف ضمان ما تلف بالسقوط فيه الى الحفر وهو شرط لان العلة ثقل الواقع وقد تعذر لكونه طبيعيا فاضيف الى الشرط فيه وهو الحفر لانه لم تعارضه العلة شرنبلالية أيضا وفى قوله لم تبن ايماء الى ان الفرقة طلاق وهو قولهما وجزم به محمد فى السير الكبير وقال الثانى هو فسخ نهر قال الحموى ولو حمل الاول على ما اذا كان هو الآبى والثانى على ما اذا كانت هى الآبية لكان حسنا واقول فيه نظر من وجهين اما اولا فلان الاباء فرع العرض وهو هناك متعذر واما ثانيا فهو ما يلزم على هذا الحمل من صيرورة الخلاف لفظيا وهو خلاف ما سبق عند قول المصنف واباؤه طلاق فتدبر (قوله ولو اسلم زوج الكتابية) ولو ما لا بقى نكاحها الان للمسلم التزوج بها ابتداء فالبقاء سهل (قوله وتباين الدارين) حقيقة وحكما بسبب الفرقة حتى لو خرج احدهما من دار الحرب الى دار الاسلام مسلما او ذميا او اسلم او عقد عقد الذمة فى دار الاسلام وقعت الفرقة بينهما لانه ينافى انتظام المصالح وما ينافيها يقطع النكاح كالمحرمية والمراد بالتباين حقيقة تباعدهما شخصا وبالحكمى ان لا يكون فى الدار التى دخلها على سبيل الرجوع بل على سبيل القرار والسكنى حتى لو دخل الحربى دارنا بأمان لم تبن زوجته لانه فى داره حكما الا اذا قبل الذمة نهر (قوله لا السبى) لانه يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافى النكاح ابتداء ولهذا لو زوج أمته جاز فكذا بقاء ولهذا لو كانت المسبية منكوحة مسلم او ذمى لا يبطل النكاح نهر عن العناية (قوله وعند الشافعى سبب الفرقة السبى دون التباين) حتى تقع الفرقة عنده بالسبى ولو سبيا معا ولا تقع بالتباين لان السبى يقتضى صفاء المسبى للسابى اما تباين الدارين فتأثيره فى انقطاع الولاية لا فى ابطال النكاح الا ترى ان الحربى المستأمن او المسلم المستأمن لم تقع الفرقة بينه وبين امراته ولنا انه مع التباين حقيقة وحكما لا تنتظم المصالح والنكاح شرع لمصالحه لا لعينه فلا يبقى عند عدمها كالمحرمية اذا اعترضت عليه لان أهل الحرب كالموتى ولهذا لو التحق بهم المرتد يجرى عليه احكام الموتى فلا يشرع النكاح بين الحى والميت بخلاف المستأمن لان تباين الدار فيه لم يوجد حكما لقصده الرجوع الى داره اذ هو لم يدخلها للقرار زيلعى فان قلت رده عليه السلام بنته زينب رضى الله عنها الى زوجها بالعقد الاول دليل على ما ذكر قلت روى انه عليه السلام ردها بعقد جديد فكان المثبت أولى من النافى على ان ما رواه غير صحيح عند اهل النقل فلا يعارض ما رويناه لصحته فان قلت فيما رويتم حجاج وهو متكلم فيه قلت هذا جرح مبهم فلا يصح وقد وثقه اهل النقل حتى خرج له مسلم ولان ما رواه متروك الظاهر لانه ذكر فيه ان اسلامها كان قبل اسلامه بست سنين وقيل بسنتين وهم لا يرون بقاء النكاح بعد انقضاء عدتها قبل اسلام المتأخر منهما فان قلت قد أباح عليه السلام وطء سبايا اوطاس بعد الاستبراء وقد سبين مع ازواجهن قلت لا نسلم بل سبين وحدهن لان رجالهن قتلوا عينى وقوله روى أنه عليه السلام ردها بعقد جديد قال فى الفتح روى ذلك الترمذى وابن ماجه والامام أحمد وايضا يقطع بأن الفرقة وقعت بينها وبين زوجها أبى العاص بمدة تزيد على عشر سنين فانها أسلمت بمكة فى ابتداء الدعوة حين دعا صلى الله عليه وسلم خديجة وبناته وقد انقضت العدة وروى أنها كانت حاملا فأسقطت حين خرجت مهاجرة الى المدينة واستمر ابن الربيع على شركه الى ما قبيل الفتح فخرج تاجرا الى الشام فأخذت سرية المسلمين ماله وأعجزهم هربا ثم دخل بليل على زينب فأجارته ثم كلم صلى الله عليه وسلم السرية فردوا ماله فاحتمل الى مكة وكان رجلا كريما أمينا فلما لم يبق لاحد عليه علقة قال يا أهل مكة هل بقى لاحد منكم عندى مال لم يأخذه قالوا لا فجزاك الله خيرا فقد وجدناك وفيا كريما قال فانى أشهد ان لا اله الا الله وان محمدا

(ولو اسلم زوج الكتابية بقى نكاحها وتباين الدارين سبب) وقوع (الفرقة لا السبى) وعند الشافعى سبب الفرقة السبى دون التباين حتى اذا خرج احد الزوجين الينا من دار الحرب مسلما وقعت البينونة بينهما وعند الشافعى لا تقع ولو سبى أحد الزوجين تقع الفرقة بينهما اتفاقا عندنا لتباين الدارين وعند الشافعى للسبى وان سبيا معا لم تقع الفرقة بينهما عندنا وعند الشافعى تقع

عبده ورسوله والله مامنعني من الاسلام الا ان تظنوا اني انما اردت ان آكل اموالكم فلما اداها الله اليكم وفرغت منها اسلمت وماذكر في الروايات من قولهم وذلك بعد ست سنين اوثمان سنين اوثلاث سنين فانما ذلك من حين فارقته بالابدان وذلك بعد غزوة بدر واما البينونة فقبل ذلك بكثير لانها ان وقعت من حين آمنت فهي قريب من عشرين سنة الى اسلامه وان وقعت من حين نزلت ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا وهي مكية فاكثر من عشر واعلم ان بناته صلى الله عليه وسلم لم تتصف واحدة منهن قبل البعثة بكفر ليقال آمنت بعد ان لم تكن مؤمنة فقد اتفق علماء المسلمين ان الله تعالى لم يبعث نبيا قط اشرك بالله طرفة عين والولد يتبع المؤمن من الابوين فلزم انهن لم تكن احداهن قط الا مسلمة نعم قبل البعثة كان الاسلام اتباع ملة ابراهيم عليه السلام ومن حين البعثة لا يثبت الكفر الا بانكار المنكر بعد بلوغ الدعوة ومن أول ذكره عليه السلام لاولاده لم تتوقف واحدة منهن انتهى ومنه تعلم ان المراد من قول الشيخ العيني فيما سبق كالزيلعي ولان مارواه متروك الظاهر لانه ذكر فيه ان اسلامها قبل اسلامه الخ أي متابعتها لابيها عليه السلام مع ما كانت عليه من كونها قبل التبعية على ملة ابراهيم عليه السلام فالمراد باسلامها تبعيتها لابيها عليه السلام لانها كانت متصفة قبل ذلك بالكفر ونقل شيخنا عن المواهب اللدنية ما نصه واما زينب فهي اكبر بناته بلا خلاف الا مالا يصح وانما الخلاف فيها وفي القاسم ايهما ولد اولا قال ابن اسحاق انها ولدت سنة ثلاثين من مولد النبي صلى الله عليه وسلم وولدت لزوجها وابن خالتها ابي العاص عليا مات صغيرا قد ناهز الحلم وكان رديف رسول الله صلى الله عليه وسلم على ناقته يوم الفتح وولدت له أيضا امامة التي حملها عليه السلام في صلاة الصبح على عاتقه وكان اذا ركع وضعها واذا رفع رأسه من السجود اعادها وتزوجها علي بن أبي طالب بعد موت فاطمة انتهى (تتمة) مانقل عنه عليه السلام من قوله ان أبي وأباك في النار ليس على ظاهره ومانقل عن أبي حنيفة انه قال في الفقه الاكبر ان أبوي النبي صلى الله عليه وسلم ماتا على الكفر مردود بان النسخ المعتمدة من الفقه الاكبر ليس فيها شئ من ذلك وبان الموجود فيها ذلك لابي حنيفة محمد بن يوسف البخاري لا لابي حنيفة النعمان بن ثابت الكوفي قال شيخنا هذا مانص عليه ابن حجر الهيتمي ثم المكي في فتاواه انتهى (قوله وتنكح المهاجرة) الينا وهي التاركة دارها على عزم عدم العود مسلمة او ذمية نهر او اسلمت في دار الاسلام او صارت ذمية حموي ودرر (قوله الحائل) وهي التي لم تكن حاملا وضع المسئلة في المهاجرة لان التي طلقت في دار الحرب لا عدة عليها اتفاقا نهر (قوله وعندهما تلزمها العدة) لان الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الاسلام فيلزمها حكم الاسلام وفيه نظر لانه منقوض بالمسبية وما قيل حلها للسابي دليل على فراغ رحمها ليس بشئ اذ لو كان كذلك لوجب الاستبراء ولابي حنيفة انها اثر النكاح المتقدم وجبت اظهار الخطره ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب على المسبية وفيه نظر لان المفهوم منه ان العدة تجب حقا للزوج على ما افصح عنه من قال لانه لو وجبت لوجبت حقا للزوج ولا حرمة للحربي وقد مر في باب المهر أنها حق الشرع والولد حموي عن ابن الكمال فالاسلم ان يستدل للامام بما في الدرر من قوله وجه جواز النكاح قوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن حيث أباح نكاح المهاجرات مطلقا فتقييده بما بعد العدة زيادة على النص وهي نسخ الخ (قوله مالم تضع حملها) هو الاصح لان في بطنها ولدا ثابت النسب فظهر في حق المنع احتياطا نهر (قوله وروى الحسن عن أبي حنيفة انه يصح النكاح الخ) وجه الاقطع وظاهر الرواية هو الاول نهر (قوله وارتداد أحدهما الخ) ويشترط ان يكون المرتد صاحيا فان اسلام السكران وان صح لا يصح ارتداده ولا تبين امرأته حموي عن البرجندي (قوله فسخ في الحال) اي رفع للعقد من اصله سواء كانت المراة مسلمة او كتابية حموي عن المفتاح وحيث كان ارتداد احدهما فسخا فلا ينتقص بها عدد الطلاق نهر (قوله وقال محمد ان كانت الفرقة من قبل الزوج الخ) هو يعتبرها بالاباء وابو يوسف مر على اصله في الاباء وابو حنيفة فرق بينهما ووجهه ان الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة اولا نتظام المصالح والطلاق رافع فتعذر جعل الردة

(وتنكح) المراة (المهاجرة الحائل) في
الحال مطلقا سواء كانت مسلمة او ذمية
(بلا عدة) عند ابى حنيفة رحمه الله
تعالى وعندهما تلزمها العدة اما اذا
كانت حاملا فلا نقول بوجوب العدة
عليها ولكنها لا تنكح مالم تضع حملها
وروى الحسن عن ابى حنيفة رحمهما
الله تعالى انه يصح النكاح ولكن
لا يقربها (وارتداد احدهما فسخ في
الحال) مطلقا سواء كان قبل الدخول
او بعده وقال الشافعي لا تقع الفرقة
بعد الدخول حتى تنقضى الاقراء وقال
محمد ان كانت الفرقة من قبل الزوج
فهى فرقة بطلاق (فللموطوءة
المهر) الكامل (ولغيرها نصفه ان
ارتد) الزوج

طلاقا بخلاف الاباء لانه يفوت به الامساك بالمعروف فيجب التسريح على مامر ولهذا تتوقف الفرقة بالاباء على القضاء ولا تتوقف الفرقة بالردة حموي هذا وسكت عن العدة ولا ريبة في وجوبها غير انه لا نفقة لها فيها لكن لها السكنى وبه يفتي خلاصة وهذا اذا كانت هي المرتدة فان كان هو المرتد فلها النفقة ولو ماتت ورثها زوجها المسلم استحسانا لا قياسا وهو قول زفر خانية وفيها ولو لحقت بدار الحرب كان له ان يتزوج بأختها واربع سواها نهر يعني ولو قبل انقضاء العدة (قوله وان ارتدت المرأة لا شئ عليه) لان الفرقة من جهتها قبل الدخول بمعصية توجب سقوطه درر وصرحوا بتعزيرها خمسة وسبعين وتجبر على الاسلام وعلى تجديد النكاح زجرا لها بمهر يسير كدينار وعليه الفتوى والولوالجية وأفتى مشايخ بلخ بعدم الفرقة بردتها زجرا وتيسيرا لاسيما التي تقع في الكفر ثم تنكر قال في النهر والافتاء بهذا أولى من الافتاء بما في النوادر لكن قال المصنف ومن تصفح أحوال نساء زماننا ومايقع منهن من موجبات الردة مكررا في كل يوم لم يتوقف في الافتاء برواية النوادر أقول وقد بسطت في القنية والمجتبى والفتح والبحر وحاصلها انها بالردة تسترق وتكون فيأ للمسلمين عند أبي حنيفة ويشتريها الزوج من الامام أو يصرفها اليه لو مصرفا ولو استولى عليها الزوج بعد الردة ملكها وله بيعها مالم تكن ولدت منه فتكون كام الولد ونقل المصنف في كتاب الغصب ان عمر رضي الله عنه هجم على نائحة فضربها بالدرة حتى سقط خمارها فقيل له يا أمير المؤمنين قد سقط خمارها فقال انها لا حرمة لها ومن هنا قال الفقيه أبو بكر البلخي حين مر بنساء على شط نهر كاشفات الرؤس لا حرمة لهن انما الشك في ايمانهن كانهن حربيات در تتمة ذكر الابياري في شرح الجامع الصغير في الكلام على قوله عليه السلام اجيبوا الداعي ولا تردوا الهدية ولا تضربوا المسلمين انه عليه السلام عاش ما ضرب بيده خادما ولا عبدا ولا امة انتهى (قوله ولو ارتدا معا) بان لم يعرف سبق أحدهما على الآخر نهر (قوله فهما على نكاحهما استحسانا) ووجهه ان بني حنيفة ارتدوا ثم أسلموا ولم تأمرهم الصحابة بتجديد الانكحة وارتدادهم واسلامهم واقع معا بجهالة التاريخ فترك القياس لاجماعهم عيني (قوله وفي القياس تقع الفرقة بينهما وهو قول زفر) لان ردة أحدهما منافية فردتهما بالاولى وجوابه ما قد علم (قوله وبانت لو اسلما متعاقبا) لان اسلام احدهما اذا تقدم بقي الآخر على ردته فيتحقق الاختلاف درر فان كان المتأخر اسلاما هي المراة قبل الدخول سقط المهر وان كان هو الزوج لها نصف المهر او المتعة نهر ولو كانت نصرانية تحت مسلم فتمجسا وقعت الفرقة بينهما عند أبي يوسف خلافا لمحمد عيني لانهما ارتدا معا الا ان تمجس النصرانية كاحداث اصل الكفر وهذا لان المجوسية لا يجوز للمسلم ان يتزوج بها فاحداثها كاحداث الردة لابي يوسف ان الزوج لا يقر على ذلك الدين بل يجبر على الاسلام والمراة تقر عليه فصار كردة الزوج وحده وهذا لما عرف ان الكفر كله ملة واحدة فالانتقال من كفر الى كفر لا يجعل كالانشاء فصار كما لو تهودا فان الفرقة تقع فيه بالاتفاق وكذا هذا ومحمد يفرق فيقول ان المجوسية لا يجوز التزوج بها فيكون احداثها كالارتداد بخلاف اليهودية الا ترى انها لو تمجست وحدها تقع الفرقة بينهما ولو تهودت لا تقع فافترقا زيلعي

(باب القسم)

لما ذكر جواز نكاح اربعة من النسوة للحر وثنتين للعبد لم يكن بد من بيان القسم غير ان اعتراض ما هو اهم بالذكر اوجب تأخيره وهو لغة تعيين الانصباء بين الشركاء وشرعا التسوية بين المنكوحات في البيتوتة والملبس والمشرب والسكنى حموي لا في المجامعة لانها تنبني على النشاط فلا يقدر على التسوية فيها كالمحبة درر فلو كان عمله ليلا كالحارس قسم نهارا كما ذكره الشافعية وهو حسن نهر (قوله وهو فرض) قال الحموي ساقه مساق المنقول وقوله في النهر ينبغي ان يكون فرضا لظاهر الآية تعقبه بان الفرضية لا تثبت بالظاهر بل بالصريح القطعي انتهى ويؤيده ما في الفتح حيث قال وهو واجب لقوله تعالى بعد بيان حل

(وان ارتدت) المراة (لا) شئ عليه
واعلم ان قوله ان ارتد متعلق بقوله
لغيرها (والاباء نظيره) اى نظير
الارتداد فان فرق بينهما بابائها
بعد الدخول فلها المهر وان كان قبل
الدخول فلا مهر لها وان كان بابائه
بعد الدخول فلها جميع المسمى
وان كان قبل الدخول فلها نصفه
(وان ارتدا) معا (واسلما) معا (لم
تبن) المراة فهما على نكاحهما
استحسانا وفي القياس تقع الفرقة
بينهما وهو قول زفر (وبانت) المراة
(لو اسلما) حال كون كل منهما (متعاقبا)
للآخر *(باب القسم)* بالفتح
مصدر قسم وبالكسر النصيب وهو
فرض

الاربع فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم فاستفدنا حل الاربع مقيدا بعدم خوف عدم العدل وثبوت المنع عن اكثر من واحدة عند خوفه فعلم ايجابه عند تعددهن انتهى (قوله البكر كالثيب والجديدة كالقديمة) لاطلاق النصوص وخصهما مع ان المجنونة التى لا يخاف منها والمريضة والرتقاء والحائض والنفساء والصغيرة التى يمكن وطؤها والمحرمة والمظاهر منها والمولى منها والحامل كغيرها لانهما محل الخلاف ولم ار حكم المنكوحة اذا وطئت بشبهة وهى فى العدة والمحبوسة بدين لا قدرة لها على وفائه والناشزة والمسطور فى كتب الشافعية انه لا قسم لها فى الكل وعندى انه يجب للموطوءة بشبهة اخذا من قولهم انه لمجرد الايناس ودفع الوحشة وفى المحبوسة ترددوا اما الناشزة فلا ينبغى التردد فى سقوطه لها لانها بخروجها رضيت باسقاط حقها واما المطلقة الرجعية فان اراد مراجعتها قسم والا لا نهر واقول فى دعوى وجوبه فى العدة للمنكوحة الموطوءة بشبهة تأمل فان نفقتها فى هذه العدة ليست واجبة عليه ومعلوم ان القسم عبارة عن التسوية فى البيتوتة والنفقة والسكنى فليحرر حموى والتقييد بانه لا قدرة لها على وفائه يقتضى انه اذا كان لها قدرة لا قسم لها وهو ظاهر (قوله وقال الشافعى ان كانت الجديدة بكرا يفضلها بسبع ليال الخ) ولا يحتسب عليها بذلك الا اذا طلبت زيادة على ذلك فحينئذ بطل حقها ويحتسب عليها بتلك المدة لقوله عليه السلام للبكر سبع وللثيب ثلاث ثم يعود الى أهله وبه قال مالك واحمد قلنا المراد منه التفضيل بالبداءة للجديدة دون الزيادة وهو محمول على الصلح يعنى بان يبدأ بالجديدة فيبيت عندها سبعا ان كانت بكرا او ثلاثا ان كانت ثيبا ثم يبيت عند القديمة كذلك اى سبعا او ثلاثا واقول فى الاستدلال بهذا الحديث على انها اذا طلبت الزيادة سقط حقها ويحتسب عليها بتلك المدة نظر لا يخفى الا ان يكون ذلك لدليل آخر (قوله والمسلمة كالكتابية) اى فى القسم وما فى الغاية اتفقوا على وجوبها فى النفقة ايضا رده الزيلعى بانه لا يتأتى الا على قول من اعتبر حالهما واجاب الغزى بان مراده التسوية فى وجوب النفقة لا فى كميتها بخلاف ما فى الدرر لتصريحه بانه لا يجوز ترجيح بعض على بعض ولا يمكن الجواب عنه اما كلامه فى الغاية فليس فيه تصريح بذلك فظهر الفرق (قوله فيه اى فى القسم) لاطلاق قوله عليه السلام من كان له امرأتان ومال الى احداهما فى القسم جاء يوم القيامة وشقه مائل ولان القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهما فى ذلك والاختيار فى مقدار الدور للزوج لان المستحق التسوية دون طريقها وما فى الدرر من ان التسوية تستحق فى البيتوتة والنفقة والسكنى وانه لا يجوز ترجيح بعض على بعض تعقبه فى الشرنبلالية بان فيه اخراجا للمتن عن افادته موافقة ما سيذكره فى النفقة من انها معتبرة بحالهما الا ان العدل فى المأكل والملبس بعدم تعدى الواجب فاذا كانت احدى نسائه غنية لا يكون نفقته على الاخرى الفقيرة مثلها فتفسير العدل بانه لا يجوز ترجيح بعض على بعض لا يكون الا على القول باعتبار حال الزوج وليس هو المفتى به او يحمل على تساوى حال النساء فى الغنى او الفقر انتهى (تنبيه) المجبوب والخصى والعنين كالفحل وكذا الصبى اذا دخل بامرأتيه لان وجوبه لحق النساء وحقوق العباد تتوجه على الصبيان عند وجود تقرر السبب وفى فتح القدير وقال مالك ويدور ولى الصبى به على نسائه وظاهره انه لم يطلع فيه على شئ عندنا واذا قلنا بوجوبه على الصبى وتركه فهل يأثم الولى اذا لم يأمره بذلك ولم يدر به قال فى البحر وينبغى ان يأثم وعماد القسم الليل ولا يجامع المرأة فى غير يومها ولا يدخل ليلا على التى لا قسم لها ولا بأس ان يدخل عليها نهارا لحاجة ويعودها فى مرضها فى ليلة غيرها فان ثقل مرضها فلا بأس ان يقيم عندها حتى تشفى او تموت شرنبلالية عن الجوهرة ولم يقيده بما اذا لم يكن عندها من يؤنسها كما فى النهر (تنبيه آخر) القسم عند تعدد الزوجات فمن له امرأة واحدة لا يتعين حقها فى يوم من كل اربعة فى ظاهر الرواية ولو كان له اماء ومستولدات فلا قسم ايضا ويستحب ان يسوى بينهن فى المضاجعة (تنبيه آخر) لا يلزم بعد تمام الدور على نسائه ان يبتدئ الدور عليهن عقب تمامه فانه لو ترك المبيت عند الكل بعض الليالى وانفرد بنفسه او كان بعد تمام الدور على نسائه مع سراريه وامهات اولاده

(البكر كالثيب) مطلقا سواء كانت
البكر قديمة او جديدة (والجديدة
كالقديمة) مطلقا سواء كانت الجديدة
بكرا او ثيبا وقال الشافعى ان كانت
الجديدة بكرا يفضلها بسبع ليال
وان كانت ثيبا بثلاث ليال (والمسلمة
كالكتابية) والمراهقة كالبالغة
والعاقلة كالمجنونة (فيه) أى فى القسم

قوله قوله فيه حق هذه القولة التأخير
عن القولة التى بعدها كما هو ترتيب
الشارح

لا يمنع

لا يمنع من ذلك وفى الجوهرة قد قالوا ان الرجل اذا امتنع من القسم يضرب لانه لا يستدرك الحق فيه بالحبس لانه يفوت بمضى الزمان انتهى ولا يعزر فى المرة الاولى بل اذا عاد بعد ما نهاه القاضى اوجعه عقوبة وامره بالعدل لاساءة ادبه وارتكابه محرما وهذا مستثنى من قولهم القاضى مخير فى التعزير بين الضرب والحبس لاختصاص هذا بغير الحبس شرنبلالية عن البحر (قوله والعاقلة كالمجنونة) يعنى التى لا يخاف منها كما سبق والحائض والنفساء والقرناء والرتقاء كغيرها (قوله وللحرة ضعف الامة) ولو مكاتبة او مبعضة بذلك قضى الصديق وعلى رضى الله عنهما ولان حل الامة انقص من حل الحرة بدليل انه لا يجوز نكاحها معها ولا بعدها فلا بد من اظهار النقصان فى الحقوق نهر وفيه نظر لانه ان اراد كل الحقوق يرد النفقة والسكنى لعدم وجوب اظهار النقصان فيهما وان لم يرد كلها لا يتم التعليل واعلم ان المكاتبة والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم حموى ولو اقام عند الامة يوما فاعتقت يقيم عند الحرة يوما وكذا لو اقام عند الحرة ثم عتقت الامة ينتقل الى العتيقة لان المنقص قد زال وفى الاولى خلاف زفر تبيين (قوله والمريضة فى القسم كالصحيحة) وكما ان مرضها لا يسقط حقها فى القسم فكذا مرضه لا يكون مسقطا لحقهن فى القسم قال فى البحر ولم أر كيفية قسمه فى مرضه حيث كان لا يقدر على التحول الى بيت الاخرى والظاهر انه اذا صح ذهب عند الاخرى بقدر ما أقام عند الاولى مريضا ولا يخفى انه اذا كان الاختيار فى مقدار الدور اليه حال صحته ففى مرضه أولى فاذا مكث عند الاولى مدة أقام عند الثانية بقدرها واذا مرض فى بيت له دعا كل واحدة فى نوبتها لانه لو كان صحيحا واراد ذلك ينبغى ان يقبل منه نهر واقول كيف يتصور ان يقدر الدور حال مرضه فضلا عن كونه أولى مع كونه لا يعرف مقدار مدة مرضه حتى يقدر به الدور اللهم الا ان يكون مرضه حمى ذات ادوار كما عرف فى كتب الطب حموى واقول المراد من تقدير الدور فى المرض أى ما لا بعد حصول البرء بان يقيم عند الثانية فى الصحة بقدر ما أقام عند الاولى فى المرض واعلم ان ما ذكروه من ان الاختيار فى تقدير الدور اليه ليس على اطلاقه حتى لو اراد ان يدور سنة لا يطلق له بل لا ينبغى ان يطلق له مقدار مدة الايلاء واذا كان وجوبه للتأنيس ودفع الوحشة وجب ان تعتبر المدة القريبة واظن اكثر من جمعة مضارة الا ان ترضيا به قال فى البحر والظاهر الاطلاق لانه لا مضارة حيث كان على وجه القسم لانها مطمئنة بمجئ نوبتها وانتصر فى النهر لما فى الفتح بقوله وفى نفى المضارة مطلقا نظر لا يخفى انتهى وهذا ظاهر فى عدم الوقوف على ما فى الخلاصة من انه لا يقيم عند احداهما اكثر من ثلاث الا باذن الاخرى كما فى الدر عن المصنف وفى الدراية وغيرها لو اقام عند احداهما شهرا فخاصمته الاخرى فى ذلك قضى عليه بان يستقبل العدل بينهما وما مضى هدر غير انه اثم فيه لان القسمة تكون بعد الطلب (قوله ويسافر الزوج بمن شاء منهن) لانه لا حق لهن فى السفر حتى كان للزوج ان لا يستصحب واحدة منهن فكذا له ان يسافر بواحدة منهن أو اكثر بلا اذن من صاحبتها ولا قرعة ولانه قد يتعسر عليه السفر ببعضهن لمرض بها او سمن او كثرة أولاد وقد يأتمن بعضهن فى حفظ الامتعة فى السفر أو فى تركها فى البيت وفيه من الحرج ما لا يخفى زيلعى (قوله ولكن القرعة أحب) تطييبا لقلوبهن (قوله ولم تحتسب عليه ايام سفره الخ) حتى لا يقضى لبقية نسائه وقال الشافعى يقضى اذا سافر بها من غير قرعة ولنا ما بينا انه لا حق لهن فى السفر ووجوب القضاء يترتب على وجوب الاداء زيلعى (قوله وقال الشافعى القرعة مستحقة) لما روى عن عائشة انه عليه السلام كان اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه وايتهن خرجت قرعتها اخرج بها متفق عليه ولنا ما سبق انه لا حق لهن فى السفر وفعله عليه السلام يدل على الاستحباب ونحن نقول به تطييبا للقلوب والدليل عليه انه عليه السلام لم تكن التسوية واجبة عليه فى الحضر وانما كان يفعله تفضلا قال تعالى ترجى من تشاء منهن وتؤوى اليك من تشاء فكان ممن يؤوى عائشة وام سلمة وزينب وحفصة وممن ارجاه سودة وجويرية وام حبيبة وصفية وميمونة ذكره المنذرى فاذا لم يجب عليه فى الحضر فكيف يستدل بفعله على الوجوب زيلعى قال البيضاوى ترجى من تشاء منهن تؤخرها وتترك مضاجعتها وتؤوى اليك من تشاء

(وللحرة ضعف الامة) مطلقا سواء
كانت مسلمة او ذمية والمريضة فى
القسم كالصحيحة (ويسافر) الزوج
(بمن شاء) منهن (و) لكن (القرعة)
(احب) ويسافر بمن خرجت
قرعتها ولم تحتسب عليه ايام سفره مع
التى كانت معه ولكن يستقبل العدل
بينهما وقال الشافعى القرعة مستحقة

فى

تضم اليك وتضاجعها او تطلق من تشاء وتمسك من تشاء ومن ابتغيت طلبت ممن عزلت طلقت فلا جناح
عليك فى شئ من ذلك انتهى (قوله ولها ان ترجع عليه الخ) استفيد من جواز الرجوع صحة الهبة والهبة هنا
مجاز عن الرضا بترك حقها حموى والدليل على جواز هبة القسم من ضرتها ما نقله فى النهر من ان سودة
بنت زمعة سألته ان يراجعها وتجعل نوبتها لعائشة انتهى فهو صريح فى انه عليه السلام طلقها ويوافقه
ايضا ما سيأتى فى الكنايات انه قال لسودة اعتدى ثم راجعها لكن الذى نقله شيخنا عن المواهب انه لما
كبرت سودة اراد النبى صلى الله عليه وسلم طلاقها فسألته ان لا يفعل وجعلت يومها لعائشة فامسكها
انتهى وانما كان لها الرجوع بعد الهبة لانها اسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط توضيحه ان الاسقاط انما
يكون فى القائم لان ما ليس كذلك كان الرجوع عنه امتناعا لا اسقاطا فكان بمنزلة العارية وللمعير ان يرجع
متى شاء لما قلنا عناية (تكميل) جعلت لزوجها جعلا على ان يزيدها فى القسم فهو حرام وهو رشوة وترجع
بمالها وكذا لو حطت من مهرها شيئا ليزيدها فى القسم أو زادها فى مهرها أو جعل لها شيأ لتجعل يومها
لصاحبتها فالكل باطل ولا يجوز ان يجمع بين الضرتين فى مسكن واحد الا برضاهما للزوم الوحشة شيخنا
عن البحر (خاتمة) يندب ان يسوى بين الزوجات فى جميع الاستمتاعات كالوطء والقبلة وكذا بين الجوارى
وامهات الاولاد ليحصنهن عن اشتهاء الزنا والميل الى الفاحشة وان يعاشر كل صاحبه بالمعروف بان
يعمل مع صاحبه كما يحب ان يعمل مع نفسه وفى البزازية وحق الزوج ان تطيعه فى كل مباح يأمرها به
ويكره وطء احداهما بحضرة الاخرى نهر وفى الفتح لها ان لا تجيبه اذا طلب وله ان يمنعها من اكل ما يتأذى
من رائحته ومن الغزل وعلى هذا فله ان يمنعها من التزين بما يتأذى بريحه كالحناء المخضب والنقش

(كتاب الرضاع)

لما كان المقصود من النكاح الولد وهو لا يعيش فى ابتداء أمره غالبا الا بالرضاع وكان له أحكام تتعلق به
وهى من آثار النكاح المتأخرة عنه جعله آخر أحكامه وذكر فى المحرمات ما تتعلق المحرمية به اجمالا وذكر
هنا تفاصيله كذا فى غير كتاب وأقول مقتضى هذا ان تعنون مسائل الرضاع بالباب لا بالكتاب كما هو
ظاهر حموى (قوله كما ان النكاح سبب للنسب وهو سبب للحرمة) لا حاجة الى دعوى ان الحرمة فى النكاح
بواسطة النسب لان حرمة المصاهرة تثبت بالنكاح وفى البرجندى اورده عقب النكاح لانهما نظيران من
حيث انهما سببان للحرمة أو ضدان من حيث ان النكاح سبب للحل والرضاع سبب للحرمة انتهى ومنه
يستفاد ان الشئ الواحد يكون نظيرا وضدا باعتبار الحيثية حموى (قوله جعل فى الديوان الخ) ولم يذكروا
الضم مع جوازه لانه بمعنى ان يرضع معه آخر كما فى القاموس وفيه ان فعله جاء من باب علم فى اللغة العالية
وهى ما فوق نجد ومن باب ضرب فى لغة نجد وجاء من باب كرم نهر (قوله مص الرضيع الى آخره) منقوض
طردا وعكسا اما الاول فلانه قد يوجد المص ولا رضاع ان لم يصل الى الجوف وأما الثانى فلان المص قد
ينتفى ويثبت الرضاع كما لو وصل الى جوفه بالوجور والسعوط من فمه وانفه واجيب بانه أراد الوصول الى
الجوف من المنفذين وخصه لانه سبب للوصول فاطلق السبب واراد المسبب بحر وبحث فيه فى النهر وادعى
انه انما خصه جريا على الغالب والوجور بالفتح الدواء يوجر من وسط الفم اى يصب تقول وجرت الصبى
واوجرته شيخنا عن المختار (قوله من ثدى الآدمية) ولو بكرا أو ميتة أو آيسة وخرج به الرجل والشاة
والثدى يذكر ويؤنث فيقال هو الثدى وهى الثدى وهو للمرأة وقد يقال للرجل أيضا نهر (قوله فى
وقت مخصوص) قال فى النهر قد يقال انه لا حاجة اليه للاستغناء عنه بالرضيع وذلك انه بعد المدة لا يسمى
رضيعا عناية وتعقبه الحموى بان المطلوب من التعريف شرح الماهية وكشفها حقيقية كانت أو اعتبارية
ولا خفاء ان الاكتفاء بمثل هذا مما يوجب غموض التعريف وخفاءه ومن ثم قالوا دلالة الالتزام مهجورة

(ولها ان ترجع) عليه (ان وهبت
قسمها للاخرى)
(كتاب الرضاع) المناسبة ان الرضاع
سبب للحرمة كما ان النكاح سبب
للنسب وهو سبب للحرمة جعل
فى الديوان فتح الراء أصلا والكسر
لغة وجعل الفعل من باب علم أصلا
وكونه من باب ضرب لغة وهو لغة أهل
نجد (هو) فى الشرع (مص الرضيع
من ثدى الآدمية فى وقت مخصوص)

فى

فى التعاريف ومنعوا فيها وقوع المشترك اذا لم يكن ثم قرينة تعين المعنى المراد منه ومن المجاز اذا لم يكن
مشهورا (قوله على حسب ما اختلفوا فيه) حولان ونصف عند الامام وهو مختار صاحب الهداية
لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وظاهر هذه الاضافة يقتضى ان يكون جميع المذكور مدة لكل
واحد منهما الا ان الدليل قد قام على ان مدة الحبل لا تكون أكثر من سنتين فبقى مدة الفصال على
ظاهره وقال تعالى فان ارادا فصالا عن تراض منهما وتشاور الآية فاعتبر التراضى والتشاور فى الفصال
بعد الحولين وذلك دليل على جواز الارضاع بعدهما وعامة أهل التفسير جعلوا الاجل المضروب للمدتين
متوزعا عليهما ويؤيده ما روى ان رجلا تزوج امرأة فولدت لستة أشهر فجئ بها الى عثمان فشاور
فى رجمها فقال ابن عباس ان خاصمتكم بكتاب الله خصمتكم قالوا كيف قال ان الله يقول وحمله وفصاله
ثلاثون شهرا وقال والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين وقال وفصاله فى عامين فحمله ستة أشهر
وفصاله حولان فتركها عثمان شرح النقاية لعلى قارى وحسب بسكون السين حموى عن الفنرى
والمراد بالدليل فى قوله الا ان الدليل قد قام الخ حديث عائشة الولد لا يبقى فى بطن أمه أكثر من سنتين
ولو بفلكة مغزل فان قلت هذا المنقص على تقدير كونه حديثا يلزم به تغيير الكتاب وهو لا يجوز أجيب
بأن الكتاب مؤول فان عامة أهل التفسير جعلوا الاجل المضروب للمدتين متوزعا عليهما فلم تكن دلالة
الكتاب على ما استدل به المصنف قطعية واذا لم تكن دلالتها على ذلك كذلك لم يلزم التغيير وانما يلزم
اثبات مسئلة فرعية بآية مؤولة ولا بعد فيه عناية (قوله فى ثلاثين شهرا) متعلق بمص حموى (قوله
ما حرم بالنسب) شمل كلامه حليلة الابن والاب رضاعا وصرح فى القنية بأنه لو زنى بامرأة حرم عليه
بنتها رضاعا ولا بد أن تعلم المرضعة لما فى الخانية أرضعها أقل أهل القرية أو أكثرهم ولا يدرى من
ارضعها فاراد واحد من اهل تلك القرية نكاحها قال الصفار اذا لم يظهر له علامة ولم يشهد بذلك
يجوز نكاحها ثم اطلاقه يفيد ثبوت التحريم فى المدة على القولين سواء فطم واستغنى بالطعام
ام لا وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى وروى الحسن عنه انه ان اكتفى بغير اللبن لا تثبت الحرمة
قال الزيلعى وعليه الفتوى والاكثرون على الاول ثم الارضاع بعد المدة لا يجوز وهو الصحيح لانه جزء
الآدمى فلا يباح الانتفاع به الا للضرورة وقد اندفعت وعلى هذا لا يجوز الانتفاع به للتداوى بنحو
وجع العين وقيل يجوز اذا غلب على ظنه زوال الرمد به نهر وقوله بنحو وجع العين يشير الى جواز
التداوى به ولو شربا لغير الرمد والحاصل انه لا فرق على القول بجواز التداوى به بين الشرب وغيره
خلافا لبعضهم كما فى الشرنبلالية حيث قال بعد حكاية الاختلاف فى جواز التداوى به للرمد والبعض
لم يجوز شربه للتداوى انتهى لكن على الشرنبلالى مؤاخذة لان صدر عبارته يفيد قصر الاختلاف على
التداوى به للرمد فقط وينافيه قوله والبعض لم يجوز شربه الخ والعجب من بعضهم حيث عزا للنهر ما نصه
ولم يجوزوا شربه للتداوى مع ان ذلك لا وجود له فيه أصلا بل قدمنا عنه ما يفيد عدم الفرق بين الشرب
وغيره (قوله الا بخمس رضعات) مشبعات لما روى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت كان فيما
نزل من القران عشر رضعات مشبعات يحرمن ثم نسخ بخمس معلومات وعنها انها قالت قال صلى الله
عليه وسلم لا تحرم المصة ولا المصتان وفى لفظ لا تحرم الاملاجة والاملاجتان فهذا النفى مذهبنا والاول
لاثبات مذهبه ولنا قوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم واخواتكم من الرضاعة علقه بفعل
الارضاع من غير قيد بالعدد والتقييد به زيادة وهو نسخ وما رواه منسوخ روى عن ابن عباس انه قال
قولها لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان كان فأما اليوم فالرضعة الواحدة تحرم فجعله منسوخا حكاه عنه أبو بكر
الرازى ومثله عن ابن مسعود وقال ابن بطال احاديث عائشة مضطربة فوجب تركها والرجوع الى كتاب
الله زيلعى والمصة فعل الرضيع والاملاجة فعل المرضع وهو الارضاع شيخنا عن العناية وفى الصحاح
الملج تناول الثدى بأدنى الفم يقال ملج الصبى أمه أى رضعها وامتلج الفصيل ما فى الضرع امتصه

على حسب ما اختلفوا فيه (وحرم به
أى بالرضاع (وان قل فى ثلاثين شهرا
ما حرم بالنسب) وقال الشافعى
لا تثبت الحرمة الا بخمس رضعات
يكتفى الصبى بكل واحدة منها

والاملاج الارضاع ومنه قيل للرجل ملجان ومصان أى انه من لؤمه يرضع الابل انتهى كيلا يسمع صوت
حلبه فيطلب منه عينى (قوله وقالا سنتان) قال الشيخ قاسم فى تصحيح القدورى وقولهما اصح وبه يفتى
وفى الجوهرة الفتوى على قول الامام حموى (قوله وقال زفر ثلاثة احوال) وقال بعضهم لا حد له
للنصوص المطلقة ولنا ان ارضاع الكبير منسوخ بقوله عليه السلام لا رضاع بعد فصال ولا يتم بعد
احتلام وبقوله عليه السلام لا رضاع الا ما انشر العظم وانبت اللحم ورد دارضاع الكبير لان ذلك لا يحصل
لكبير بالرضاع وانما يحصل له بالخبز ونحوه ولزفر ان الرضيع لا يمكنه التحول من الرضاع الى الطعام
فى ساعة واحدة ولا بد من الزيادة والحول حسن للتحول من حال الى حال لاشتماله على الفصول الاربعة
ولهذا أجل العنين به وعلق به وجوب الزكاة ولهما قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين
كاملين لمن أراد ان يتم الرضاعة وهذه صيغة خبر والمراد به الامر وهو ابلغ وجوه الامر ولا اعتبار للزيادة
بعد الاتمام وللامام ماسبق بيانه عن على قارى أو نقول كما فى الزيلعى ان الفطام لا يحصل فى ساعة
واحدة بل يحصل شيئا فشيئا حتى ينسى اللبن ويتعود غيره فلا بد من زيادة على الحولين فقدرناها بأدنى
مدة الحمل والنص المقيد بحولين محمول على الرضاع المستحق حتى لا تستحق على الوالد نفقة الارضاع
بعد ذلك اى اجرته بالاجماع لو كانت مطلقة فعلم ان الفصال المذكور فى النص فصال استحقاق الاجرة
على الاب لا فصال مدة الرضاع ولئن سلم انه فصال مدة الرضاع يكون بيانا لاقل مدته لانه يوجب
الحرمة بعد ذلك الاترى انه قرن بين الفصال والحمل واراد اقل مدة الحمل فكذا اقل مدة الفصال والدليل
على بقاء مدته ان الله تعالى قال فان أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور ذكره بعد الحولين بحرف الفاء
فدل على بقاء مدة الرضاع ولهذا علق الفصال بعد الحولين بتراضيهما عليه الخ وقوله وكذا أقل مدة
الفصال يعنى به قوله تعالى وحمله وفصاله فى عامين كذا بخطه أقول ما نقل عن خط الزيلعى انه أراد به
القرآن فى قوله تعالى وحمله وفصاله فى عامين يأباه تعليله وسياق كلامه والذى يتعين فهمه انه أراد به
القرآن فى قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا حتى يصح قوله وأراد أقل مدة الحمل فكذا اقل مدة
الفصال هذا ما ظهر لى عند المطالعة على ان الآية أعنى آية لقمان ليس فيها وحمله فتعين انه سبق قلم شيخ
شاهين وفى دعوى الزيلعى الاجماع على انها لا تستحق الاجر على الارضاع بعد الحولين لو كانت مطلقة نظر
فقد نقل السيد الحموى عن عمدة الفتاوى ان خيف عليه الهلاك بالفطام قبل سنتين ونصف تطالب
بالاجرة اللهم الا ان يحمل كلامه على ما اذا لم يخف عليه الهلاك وقوله لا رضاع الا ما انشر العظم الانشار
بالراء الاحياء وفى التنزيل اذا شاء أنشره ومنه لا رضاع الا ما انشر العظم وانبت اللحم اى قواه وشده كانه
أحياه ويروى بالزاى عناية عن المغرب وقوله ولا يتم بعد احتلام اليتم فى الناس من قبل الاب وفى البهائم
من قبل الام من يتم الصبى ييتم يتما بضم الياء وفتحها مع سكون التاء فيهما شيخنا عن المختار (قوله الا أم
اخته) جعل فى النهر الاستثناء من حرم وتعقبه الحموى بأن الفعل لا يستثنى منه فهو استثناء من فاعل حرم
وقول السيد الحموى من فاعل حرم يعنى به الفاعل المقدر لحرم وهو النكاح واعلم ان الاستثناء منقطع
لان حرمة من ذكر بالمصاهرة لا بالنسب كما فى الدر المختار اذا لمحرم بالنسب السبعة المذكورة
فى الآية والمستثنى ليس من مسماها فلم يكن الحديث متناولا لما استثناه الفقهاء (قوله وأخيه) انما
زاد الشارح لفظة اخيه على قول المصنف الا ام اخته لانه لا فرق بين أم اخيه وأخته كما فى النهر وكان
ينبغى ان يزيد على قوله والا أخت ابنه لفظة وبنته اذ لا فرق بين اخت ابنه وبنته كما فى النهر أيضا (قوله
ولا يجوز ان يتزوج ام اخته) المقام مقام التفريع فالظاهر الفاء حموى (قوله ولا يجوز ذلك من النسب
لان اخت ابنه من النسب الخ) ظاهر كلامه كالدرر ان اخت الابن من النسب اما بنته أو ربيبته وليس
كذلك اذ لا حصر فيما ذكر اذ يتصور الحل فى اخت ابنه وبنته نسبا بأن يدعى شريكا فى امة ولدها فان كان
لكل بنت من غير الامة حل لشريكه التزوج بها وهى اخت ولده نسبا من الاب والغز بها فى شرح

وقالا سنتان وهو قول الشافعى وقال زفر ثلاثة أحوال (الا ام اخته) وأخيه من الرضاع ولا يجوز ان يتزوج أم أخته من النسب لانه فى النسب ان كانت اختا لاب وام أو لام فام الاخت امه وان كانت اختا لاب فام الاخت موطوءة أبيه (و) الا (اخت ابنه) من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لان اخت ابنه من النسب ان كانت منه بان كانا من اب وام او من أب فهى بنته وان لم تكن منه بان كانا من ام فهى ربيبته والربيبة تحرم بالدخول ثم قولنا من الرضاع فى الصورة الاولى

المنظومة وممن يحل رضاعا لا نسبا ام ولد ولده شرنبلالية لانها من النسب حليلة ابنه واعلم انه يدخل
تحت قول المصنف فى الاستثناء واخت ابنه ما تكرر السؤال عنه وهو ان رجلا له ابن رضيع ارضعته ام امه
فهل تحرم بنتها على زوجها الى الابن فأجاب شيخنا بعدم الحرمة وانها حلال مطلقا سواء كانت اختيتها
لابنه النسبى من الرضاع كالمسؤل عنها او من النسب كما نقله الشرنبلالى فى شرح المنظومة معترضا به
على قول ملا خسرو فان اخت الابن من النسب اما البنت أو الربيبة بقوله لا حصر فيما ذكر الخ بقى أن
يقال فى قصر المصنف الاستثناء على ام اخيه واخت ابنه قصور الاترى الى قول العينى وههنا صور أخر
تجوز من الرضاع دون النسب (الاولى) يجوز له أن يتزوج بأم حفدته من الرضاع أى أم أولاد اولاده
بأن ارضعت اجنبية ولد ولده له ان يتزوج هذه المرأة كما فى البحر دون النسب لانها من النسب اما حليلة
ابنه أو بنته كما فى الزيلعى اى حليلة ابنه اذا كانت الحفدة ولد ابنه أو بنته اذا كانت الحفدة ولد بنته شيخنا
عن الحانوتى (الثانية) يجوز له أن يتزوج بجدة ولده من الرضاع دون النسب لانها اما امه اوام امرأته
(الثالثة) يجوز له ان يتزوج بعمة ابنه من الرضاع دون النسب لانها اخته (الرابعة) يجوز لها ان تتزوج بأبى
اخيها من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانه اما ابوها او زوج امها (الخامسة) يجوز له ان يتزوج ام
عمه من الرضاع دون النسب لانها اما جدة لاب او موطوءة الجد (السادسة) يجوز له ان يتزوج ام خاله من
الرضاع دون النسب لانها اما جدته لامه او موطوءة جده (السابعة) يجوز لها ان تتزوج بأخى ابنتها من
الرضاع دون النسب لانه اما ان يكون ابنها او ابن زوجها انتهى زاد فى البحر بنت اخت ولده وبنت عمته
فهذه مع ما مر تسع صور تصل باعتبار الذكورة والانوثة الى ثمانية عشر وباعتبار ما يحل له اولها الى ستة
وثلاثين مثلا يجوز له التزوج بأم اخيه ويجوز لها التزوج بابن اخيها وباعتبار تعلق الجار والمجرور وهو
من الرضاع بالمضاف او المضاف اليه او كليهما تصل الى مائة وثمانية كما فى النهر زاد فى الدر اخا ابن المرأة لها
فلهذا اوصلها الى مائة وعشرين وصورة تزوجها بأخى ابنتها من الرضاع دون النسب ما اذا ارضعت
امرأة بنت امرأة أخرى وللمرضعة ولد يجوز لام البنت الرضيعة التزوج بهذا الولد والمراد بالخال من الرضاع
من رضع مع أمه وبالعم من الرضاع من رضع مع أبيه (قوله يجوز ان يكون متعلقا بأم) كان يكون له اخت
من النسب لها ام من الرضاع والمراد بالتعلق التعلق المعنوى لا الصناعى در (قوله وان يكون بأخته)
كان يكون له اخت من الرضاع لها ام من النسب ومنه تعلم ما فى النهر من الخلل (قوله وان يكون بكليهما)
كان يجتمع مع آخر على ثدى اجنبية ولاخيه رضاعا ام اخرى من الرضاع واعلم ان ما وقع فى النهر من
الخلل جرى عليه السيد الحموى فى الشرح ولم يتنبه له بيان الخلل أنه مثل لما اذا كان الجار متعلقا
بالمضاف اليه الذى هو الاخ بقوله كان يكون له أخ من النسب له أم من الرضاع فصواب العبارة ان يقال
كان يكون له اخ من الرضاع له ام من النسب (قوله وقس على هذا الصورة الثانية) فعلى هذا تكون
الصور اربعا حموى واقول من تأمل قول الشارح ثم قولنا من الرضاع فى الصورة الاولى يجوز ان يكون
متعلقا بأم وان يكون بأخته وان يكون بكليهما لم يشك فى كون الصور خمسا وان رجعت فى الحقيقة
لثلاث صور (قوله زوج مرضعة الخ) جرى على الغالب اذ السيد كذلك نهر وكذا الواطئ بشبهة لا بزنى
على المعتمد كما يفيده التقييد بالزوج وان كان التقييد أغلبيا حموى قال فى الخانية رجل زوج ام ولده من
عبد صغير له فأرضعته بلبن السيد حرمت المرضعة على مولاها وعلى زوجها الصغير اما على المولى فلانها
صارت منكوحة ابنه أى من الرضاع فتحرم على المولى وتحرم على الزوج الصغير لانها صارت موطوءة الاب
اى من الرضاع ولانها امه اى من الرضاع فما فى النهر ولم يعلل يعنى قاضيخان الحرمة فى الصغير بكونه
صار ابنا لها الظهوره لعله بحسب النسخة التى اطلع عليها والا فقد جمع بين التعليل بكونها موطوءة ابيه
وبكونها امه قيد بالزوج لانه لو زنى بامرأة فولدت منه وارضعت صبية جاز لاصول الزانى وفروعه
التزوج بها كذا اختاره الوبرى وجعله فى المحيط كالحلال وجزم به قاضيخان والاول اوجه لان الحرمة

يجوز ان يكون متعلقا بام وان يكون باخته وان يكون بكليهما وقس على هذا الصورة الثانية (زوج مرضعة

من الزنى للبعضية وذلك فى الولد نفسه لانه مخلوق من مائه دون اللبن اذليس اللبن كائنا عن منيه لانه فرع التغذى وهو لا يقع الا بما يدخل من اعلى المعدة لا من اسفل البدن فلا انبات فلا حرمة بخلاف ثابت النسب للنص كذا فى الفتح وقوله والاول اوجه اى دراية لا رواية كما توهمه صاحب البحر من اطلاق الكمال الاوجهية شرنبلالية وظاهر كلامهم انها لا تحرم على عم الزانى وخاله اتفاقا لان التحريم على الزانى وفروعه على القول به لاعتبار الجزئية وهى مفقودة بينهما وانما قيد الخلاف بأصول الزانى وفروعه لانها لا تحل للزانى اتفاقا لانها بنت المزنى بها وقدمنا ان فروع المزنى بها من الرضاع حرام على الزانى ولهذا قال فى الخلاصة بعد ما ذكر حرمتها على الزانى وكذا لو لم تحبل من الزنى وارضعت لا بلبن الزنى فانها تحرم على الزانى كما تحرم بنتها من النسب نهر وبحر ولو حملت من الوطء بشبهة ثم ارضعت صبيا فهو ابن الواطئ من الرضاع قاله الحدادى وهذه ترد على المصنف أيضا قال شيخنا وجوابه ان يقال تعبيره بالزوج جرى على الغالب فيدخل الواطئ بشبهة لانه زوج فى ظنه عند الوطء انتهى (قوله لبنها نزل منه) قيد به لانه لو لم يكن منه بان تزوجت ذات لبن ولبنها بسبب زوج آخر كان لها من قبل فأرضعت به صبيا فانه لا يكون ولدا له من الرضاع بل يكون ربيبه من الرضاع حتى يجوز له ان يتزوج بأولاد الزوج الثانى من غيرها و بأخواته أى اخوات الزوج الثانى كما فى النسب ويكون ولد الزوج الاول ما لم تلد من الثانى فاذا ولدت منه فارضعت صبيا فهو ولد الثانى بالاتفاق لان اللبن منه وان لم تحبل من الثانى فهو ولد الاول بالاتفاق لان اللبن منه وان حملت فقط كان للاول عند الامام زيلعى ولو در بعد ما جف اختص بها شرنبلالية عن المواهب ومفاده انها اذا ارضعت به صبية لم يكن زوجها ابا لها حتى لو كان له ابن من غيرها حل له التزوج بها وبه صرح فى النهر عن الخانية ثم ان انتفاء هذا القيد وهو قوله لبنها منه يقتضى انتفاء الابوة لكن لا يلزم منه جواز نكاح الزوج للرضيعة بعد المفارقة بينه و بين المرضعة الموطوءة له لان وطء الامهات يحرم البنات ولو بجهة الرضاع درر (قوله أخ للرضيع وان كان من امرأة اخرى) غير المرضعة (قوله وأخوه عم) عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت دخل على أفلح اخو أبى القعيس فاستترت منه فقال تستترين منى وأنا عمك قالت قلت من اين قال ارضعتك امرأة اخى قالت انما ارضعتنى المرأة ولم يرضعنى الرجل فدخل عليه السلام فحدثته فقال انه عمك فليلج عليك زيلعى وفى الموطا سئل ابن عباس عن رجل كان له امرأتان فارضعت احداهما غلاما وارضعت الاخرى جارية فقيل له هل يتزوج الغلام الجارية قال اللقاح واحد فثبت ان لبن الفحل يحرم لان حكمه حكم النسب والحرمة فى النسب تثبت من الجانبين اعنى من جانب الرجال والنساء فكذا الحرمة من الرضاع فان قلت لو نزل اللبن من ثندوة الرجل فارضع صبية لا تثبت الحرمة فلان لا تثبت بفعل غيره اولى قلت انما لم تثبت بفعل نفسه لان ارضاع الرجل لا يسمى ارضاعا غاية ومعنى قوله عليه السلام فليلج عليك افلح أى ليدخل وافلح بالفاء والحاء المهملة على مثال اعلم اسم رجل كذا فى البناية ونقل شيخنا عن خط الشلبى ان افلح بفتح الهمزة واللام وسكون الفاء بينهما وبالمهملة والقعيس بضم القاف وفتح المهملة واسكان التحتية وبالمهملة مصغر القعس بالقاف والمهملتين انتهى (تنبيه) سكت كثير عن حكم ارضاع الخنثى المشكل قال الحدادى ان كان اللبن غزيرا فامرأة وان لم يكن غزيرا فرجل فان كان رجلا لا يتعلق به التحريم وان امرأة تعلق به التحريم وفى الدر عن الجوهرة التصريح بعدم ثبوت الحرمة بلبن الخنثى المشكل الا ان قالت النسوة انه لا يكون على غزارته الا للمرأة انتهى (قوله فارضعت كل واحدة صغيرا صارا أخوين الخ) ولا يجوز لرجل ان يجمع بينهما لو كانا انثيين لانهما اختان من الرضاع من قبل الاب بناية (قوله خلافا للشافعى) أى فى قول له كما فى الزيلعى لان الحرمة لشبهة البعضية واللبن بعضها لا بعضه ولنا ما رويناه ولان الحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع ولان الفحل سبب لنزول لبنها بواسطة احبالها فينسب اللبن اليه بحكم السببية وأراد الزيلعى بقوله لما روينا قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب (قوله

(لبنها) نزل (منه) أب للرضيع (وابنه) أى ابن زوج المرضعة (أخ) للرضيع وان كان من امرأة أخرى (وبنته أخت) للرضيع وان كانت من امرأة أخرى (وأبوه جد) وامه جدة (وأخوه عم) له (واخته عمة) له حتى لو كان لرجل امرأتان وولدتا منه فارضعت كل واحدة صغيرا صارا أخوين لاب وان كان أحدهما انثى لا يحل النكاح بينهما وأصله ان لبن الفحل يتعلق به التحريم عندنا خلافا للشافعى

وتحل اخت اخيه رضاعا) يستثنى منه ما نقله الحموى عن ابن يونس من انه سئل عن امرأتين مرضعتين مع احداهما ذكر والاخرى انثى فارضعت كل منهما ولد الاخرى ثم ان التى لها الولد الذكر معها ولد آخر لم يرضع المرأة الاخرى فهل يجوز له ان يتزوج بابنة المرأة الاخرى لانها اخت اخيه من الرضاع فاجاب بأنه لا يجوز له تزوجها الا ان ام الذكر صارت بارضاعها البنت اما لها فلا يجوز لابنها الآخر ان يتزوج بها وان لم يرضع من امها الا انها صارت اخته بارضاعها من امه انتهى (قوله يجوز ان يكون متعلقا باخت او باخيه او بكليهما) كأن يكون له أخ من النسب ولهذا الاخ اخت رضاعا او ان يكون له اخ من الرضاع له اخت نسبية والثالث لا يخفى نهر (قوله ويحل اخت اخيه نسبا) متصل بهما ولا يصح اتصاله بأحدهما للزوم التكرار نهر (قوله ولا حل بين رضيعى ثدى) المراد بالرضيعين الصبى والصبية فغلب المذكر على المؤنث قال فى الجوهرة وكل صبيين اجتمعا على ثدى فى مدة الرضاع لم يجز لاحدهما ان يتزوج بالآخر والمراد اجتماعهما على الارضاع طالت مدة الرضاع او قصرت تقدم رضاع احدهما على الآخر ام لا والمراد اجتماعهما من حيث المكان بان يرتضعا معا فى وقت واحد وليس المراد ان يرضعا معا الثدى الايمن او الايسر بل المراد ان يرضعا هذه المرأة كيف كان وانما لم تجز المناكحة بينهما لانهما اخ واخت لاب وأم من الرضاعة فلا تجوز كما فى النسب كذا فى الغاية فان قلت قوله والمراد اجتماعهما من حيث المكان بان يرتضعا معا فى وقت واحد مخالف لما سبق عن الجوهرة حيث عمم وقال تقدم رضاع احدهما على الآخر ام لا قلت ليس المراد بوحدة الوقت فى كلام الغاية وجود الرضاع منهما فى زمن واحد بل المراد انهما ارتضعا فى مدة الرضاع واعلم ان قوله فى الغاية وانما لم تجز المناكحة بينهما لانهما اخ واخت لام واب الخ محمول على ما اذا كان اللبن من رجل واحد فان كان اللبن من زوجين فهما اخوان لام كما فى البحر ولا يتصور ان يكونا لاب فقط الا اذا تعددت المرضعة واتحد الزوج كما فى النهر (قوله وبين مرضعة وولد مرضعتها) ولا يشترط الاجتماع على ثديها هنا ولهذا ساغ ذكره والا كانت المسئلة مكررة وهذا لانها لما ارضعت اجنبية حرمت على ولدها سواء ارضعت ولدها ام لم ترضعه زيلعى ووقع فى البحر فى تقرير هذا المحل خلط فاجتنبه حموى واعلم ان مرضعة الاول بفتح الضاد على صيغة اسم المفعول بخلافه فى قوله وولد مرضعتها فانه بكسر الضاد على صيغة اسم الفاعل وقد غير صاحب الدر هذه العبارة بقوله ولا حل بين رضيعة وولد مرضعتها ولا فرق بينهما فى المعنى لان المرضعة بفتح الضاد هى الرضيعة ولم يظهر لى وجه اعتراض عزمى زاده عليه حيث قال ولعل هذا التغيير منه غير صحيح فان الرضيع هو اخوك من الرضاع ولو قيل ولا حل بين اخت من الرضاع و ولد مرضعتها الاختل نظام الكلام ولا يتحصل الفحوى على ما هو الموافق للمرام اه (قوله وولد ولدها) لانه ولد اخيها (قوله واللبن المخلوط بالطعام لا يحرم) لان الطعام هو المقصود واللبن تابع والتقييد بالطعام يشير الى انه اذا جبن او جعل رائبا او شيرازا او اقطا لا تزول به الحرمة كما فى الشرنبلالية عن الجوهرة قال وهو مخالف لما فى البحر عن البدائع (قوله بالاتفاق) متعلق بهما أى بالاولى وهى ما اذا مست النار اللبن وانضجت الطعام غالبا كان او مغلوبا والثانية وهى ما اذا لم تمس النار اللبن وكان الغلبة للطعام شيخنا (قوله وعندهما تثبت به الحرمة) لان العبرة للغالب كما اذا اختلط بالماء ولابى حنيفة ان الطعام اصل واللبن تابع له فى حق المقصود لان المقصود المأكول وانما اللبن ادام وهو تابع الا ترى انه كان مشروبا فبقى مأكولا بخلاف ما اذا اختلط بالماء او الدواء لان المقصود هو اللبن زيلعى (قوله والاصح انه لا يثبت بكل حال) تقاطر اللبن عند حمل اللقمة او لا غالبا او مغلوبا وذكر الزيلعى عن خواهر زاده ان على قول ابى حنيفة انما لا تثبت الحرمة اذا اكله لقمة لقمة اما اذا احساه حسوا ثبت به الحرمة وفى الشرنبلالية عن الجوهرة انما لا يثبت التحريم عند الامام اذا لم يشربه اما اذا احساه حسوا أى شربه شيئا فشيئا ينبغى ان تثبت الحرمة فى قولهم جميعا ولفظة ينبغى بمعنى يجب ولهذا حذفها قاضيخان (قوله ويعتبر الغالب الخ) لان فيه انبات اللحم وانشار العظم وهو المعتبر

(ويحل) نكاح (أخت أخيه رضاعا) قوله رضاعا يجوز ان يكون متعلقا باخت أو باخيه او بكليهما (و) تحل اخت اخيه (نسبا) مثل الاخ لاب اذا كانت له اخت من ام حل لاخيه من ابيه ان يتزوجها (ولا حل بين رضيعى ثدى) واحد فى وقت مخصوص (وبين مرضعة وولد مرضعتها وولد ولدها واللبن المخلوط بالطعام لا يحرم) مطلقا واعلم انه لو كانت النار قد مست اللبن وانضجت الطعام حتى تغير فلا يحرم سواء كان اللبن غالبا او مغلوبا وان كانت النار لا تمسه فان كان الطعام غالبا فكذلك بالاتفاق وان كان اللبن غالبا فكذلك عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما تثبت به الحرمة وقيل هذا اذا كان اللبن لا يتقاطر من الطعام عند حمل اللقمة واما اذا كان يتقاطر منه اللبن فتثبت به الحرمة عنده والاصح انه لا تثبت بكل حال (ويعتبر الغالب لو) كان الاختلاط (بماء ودواء ولبن شاة وامراة اخرى)

قوله واعلم ان مرضعة الخ لا حاجة لهذا الضبط على ما فى بعض نسخ الشارح من ضبط مرضعة الاول بفتح الضاد والثانى بكسرها اه

فى الباب در رقال تعالى وانظر الى العظام كيف ننشزها أى نرفعها الى موضعها ونركب بعضها على بعض عزمى زاده (قوله وقال الشافعى اذا جعل فى حب الخ) هو يقول انه موجود حقيقة ونحن نقول انه صار مستهلكا فلا يحصل به التغذى ولا انبات اللحم ولا انشار العظم وقد قال عليه السلام الرضاع ما انبت اللحم وانشر العظم فلا يسمى رضاعا فصار كما لو حلف لا يشرب لبنا لا يحنث بشرب الماء الذى فيه اجزاء اللبن زيلعى (قوله يتعلق التحريم الخ) واذا تساوى لبنهما يثبت التحريم من المرأتين اجماعا شرنبلالية عن الجوهرة (قوله وقال محمد وزفر يتعلق بهما التحريم) لان الجنس لا يغلب الجنس فلا يصير مستهلكا به لاتحاد المقصود ولهما ان الاقل تابع للاكثر واصل المسئلة فيما اذا حلف لا يشرب لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن اخرى فشربه ولبن البقرة المحلوف عليها مغلوب فهو على هذا الخلاف وما فى النهر من قوله المخلوط صوابه المحلوف ولو كان غالبا يحنث اتفاقا واعلم ان ما فى الزيلعى والنهر من قوله ولهما ان الاقل تابع أى للامام الاعظم وأبى يوسف بالنسبة لاحدى الروايتين عن الامام ففى الشرنبلالية عن الفتح وعن الامام روايتان مثل قولهما ورجح بعض المشايخ قول محمد واليه مال صاحب الهداية لتأخيره دليل محمد وقال فى البحر عن الغاية قول محمد اظهر واحوط (قوله ولبن البكر الخ) يشترط ان تكون بلغت تسع سنين فأكثر فلو لم تبلغ ذلك لا يتعلق به التحريم بحر عن الجوهرة ووجه ثبوت الحرمة بلبن البكر بالشرط المذكور ما ذكره فى الدرر من انه سبب النشو والنمو فتثبت به شبهة البعضية كلبن غيرها من النساء اه والمراد بالبكر هنا التى لم تجامع قط لا بالنكاح ولا السفاح يعنى وان كانت العذرة غير باقية كأن زالت بوثبة اوغيرها حموى عن البرجندى (قوله والميتة) واذا ثبتت الحرمة بلبن الميتة حل لزوج هذه الصبية دفن الميتة وتيممها لانه صار محرما لها لانها أم امرأته ولا يجوز الجمع بين هذه الرضيعة وبنت الميتة لانهما أختان بحر فان قلت يستفاد من البحر ان ما فى الدر فيه خلل حيث قال عقب قول المتن وكذا لبن ميتة ولو محلوبا فيصيرنا كحها محرما للميتة فييممها الخ قلت لا خلل فى كلامه وقوله فيصيرنا كحها الخ أى ناكح التى رضعت من الميتة الى هذا اشار شيخنا وفى فتح القدير لبن الميتة طاهر عند ابى حنيفة لان التنجس بالموت لما حلته الحياة قبله وهو منتف فى اللبن وهما وان قالا بنجاسته للمجاورة للوعاء النجس لا يمنع من الحرمة كما لو حلب فى اناء نجس واوجر به صبى ثبت وهذا بخلاف وطء الميتة فانه لا يتعلق به حرمة المصاهرة بالاجماع والفرق ان المقصود من اللبن التغذى والموت لا يمنع منه والمقصود من الوطء اللذة المعتادة وذلك لا يوجد فى وطء الميتة بحر عن الجوهرة (قوله وقال الشافعى لبن الميتة الخ) لان الاصل فى ثبوت الحرمة المرأة حتى تصير أماله ويتعلق بها الاحكام وبالموت لم تبق محلا له ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة ولنا انه لبن حقيقة وهو سبب النشو والنمو فيتناوله اطلاق النصوص ولا نسلم ان الحكم لا يثبت فى حقها بل يثبت دفنا وتيمما الا ترى ان لبنها لو حلب فى حياتها فأوجر به صبى بعد موتها يثبت به التحريم ولو كان ما ذكره مانعا لما ثبت والحرمة بالوطء لكونه ملاقيا محل الحرث وقد زال بالموت زيلعى (قوله لا الاحتقان) بلا خلاف بين الاصحاب فى رواية الاصول وبين الائمة الاربعة وكذا لا يحرم الاقطار فى الاحليل والاذن والجائفة والآمة كما فى النهر لان النشو لا يوجد فيه والتحريم باعتباره (قوله ولا لبن الرجل) لانه ليس بلبن حقيقة فان اللبن لا يتصور الا ممن تتصور منه الولادة درر (قوله والشاة) لان الحرمة انما تثبت بطريق الكرامة بواسطة شبهة الجزئية والاصل فيه المرضعة ثم يتعدى الى غيرها ولا جزئية بين الآدمى والبهائم ولا دافكذا رضاعا زيلعى (قوله وعند محمد يثبت بالاحتقان) الذى فى الزيلعى وعن محمد انه يثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم قلنا الفطر يتعلق بالوصول الى الجوف والمحرم فى الرضاع معنى النشو ولا يوجد فيه وعلى هذا الخلاف لو اقطر فى اذنه او وصل الى جائفة او آمة الخ (قوله وكان محمد بن اسماعيل صاحب الحديث الخ) تمسكا بقوله عليه السلام كل صبيين اجتمعا على ثدى واحد حرم احدهما على الآخر بحر وفى النهر عن الفتح والله أعلم اى بصحة هذه الحكاية فان من تدبر

مواقع تراجمه فى الصحيح وحسن استنباطه الاحكام من الاحاديث جزم باستبعادها عنه (قوله ولو ارضعت امرأة الخ) والمراد بالارضاع وصول لبنها حتى لو اوجره رجل فى فيها حرمتا ايضا ولا فرق بين ان تكون الكبيرة فى نكاحه اوفى عدته ولو من ثلاث نهر عن البدائع معللا بان حرمة الجمع حال قيام العدة كالجمع حال قيام النكاح الخ واعلم ان الرضاع الطارئ على النكاح بمنزلة السابق بيانه اذا تزوج صبية فطلقها ثم تزوج امرأة لها لبن فارضعت تلك الصبية حرمت الكبيرة على زوجها لانها صارت من امهات نسائه وكذلك رجل تزوج رضيعة فارضعتها أمه او بنته او اخته حرمت الرضيعة على زوجها كذا فى الخانية (قوله ضرتها) يعنى امرأة زوجها جمعه ضرات وسمع ضرائر وكانه جمع ضريرة ككريمة ولا يكاد يوجد له نظير نهر عن المصباح وقال الشاعر

كضرائر الحسناء قلن لوجهها * حسدا وبغضا انه لدميم

حموى وهو بالدال المهملة من الدم وهو قبح المنظر واما الذم بالمعجمة فهو ضد المدح (قوله حرمتا) لانه صار جامعا بين الام وبنتها رضاعا وحرمة الكبيرة مؤبدة لانها ام امرأته وكذا الصغيرة ان كان قد دخل بالام اوكان اللبن منه وان لم يكن جاز له ان يتزوجها ثانيا نهر ولا يرتفع النكاح بحرمة الرضاع والمصاهرة بل يفسد حتى لو وطئها قبل التفريق لا يجب عليه الحد وبعده يجب بحر واعلم انه متى لزم الجمع بين من لا يجوز جمعه حرمتا أيضا وان لم ترضعها الكبيرة بل كان المرضع امها واختها او بنتها نسبا او رضاعا بخلاف ما لو ارضعتها عمة الكبيرة اوخالتها لجواز الجمع بين المرأة وبنت عمتها وبنت خالتها نسبا ورضاعا قيد بضرتها لانها لو ارضعت ضرتيها على التعاقب لم تحرم الثالثة ان لم يكن دخل بالكبيرة نهر ووجهه انها بارضاعها الثانية حصل فسخ العقد ولا عدة لحصول الفرقة قبل الدخول فاذا ارضعت الثالثة لم تحرم لانه لا فى النكاح ولا فى العدة حموى ولو كن صغيرتين وكبيرتين فارضعت كل من الكبيرتين صغيرة حرمت عليه الاربع للجمع بين الامين وبنتيهما نهر ولو كان تحته صغيرتان فارضعتهما امرأة معا او متعاقبا حرمتا عليه لانهما صارتا اختين فلا يجوز الجمع بينهما فيرجع على المرضعة ان تعمدت الفساد زيلعى فان كن ثلاثا فارضعتهن واحدة بعد واحدة بانت الاوليان لا الثالثة لان الثالثة ارضعت وقد وقعت الفرقة بينه وبينهما فلم يحصل الجمع وان ارضعت الاولى ثم الثنتين معا بن جميعا وان ارضعتهن معا بان حلبت لبنها فى قارورة والقمت احدى ثدييها احداهن والاخرى الاخرى واوجرت الثالثة معا بن جميعا لانهن صرن اخوات معا وان كن اربعا فارضعتهن واحدة بعد الاخرى بن جميعا لان الثانية صارت اختا للاولى فبانتا فلما ارضعت الرابعة صارت اختا للثالثة فبانتا أيضا بحر عن الجوهرة ولو طلق امرأته ثم ان اخت المطلقة ارضعت امرأته الصغيرة والمطلقة فى العدة بانت الصغيرة للجمع مع خالتها ولو كان تحته صغيرتان فجاءت امرأتان لهما لبن رجل واحد فارضعت كل واحدة منهما واحدة معا وتعمدتا الفساد لا ضمان عليهما لان كل واحدة منهما غير مفسدة بصنعها وانما الفساد للاختية زيلعى ولو قبل الابن زوجة ابيه وقال تعمدت الفساد غرم المهر ولو وطئها وقال ذلك لا للزوم الحد فلم يلزم المهر درر (قوله ولا مهر للكبيرة ان لم يطأها) لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها حتى لو لم تجئ من قبلها بان كانت مكرهة او نائمة فارتضعتها الصغيرة او اخذ رجل لبنها فأوجر به الصغيرة اوكانت الكبيرة مجنونة فلها نصف المهر لعدم اضافة الفرقة اليها درر ويرجع بنصف مهر كل منهما على الرجل الذى اخذ لبنها فأوجر به الصغيرة ان تعمد الفساد زيلعى وخرج بقوله ان لم يطأها ما لو وطئها فانها تستحق كل المهر لكن ليس لها نفقة العدة لجنايتها كما فى النهر واراد بالوطء ماهو الاعم من الحقيقى والحكمى حموى (قوله وللصغيرة نصفه) لان الفرقة قبل الدخول لا من قبلها ولا يقال الارتضاع فعلها والفرقة باعتباره لانا نقول فعلها غير معتبر فى اسقاط حقها لان المهر انما يسقط جزاء على الفعل والصغيرة ليست من اهل المجازاة على الفعل فلا يسقط مهرها الا ترى انه لا تجب الكفارة ولا تحرم عن الارث بالقتل حتى لو وجد فى الكبيرة أيضا ما يمنع

اعتبار فعلها كالمجنون وغيره على ما تقدم لا يسقط حقها زيلعى (قوله ان تعمدت الفساد) تقييده بتعمد الفساد بالنسبة للرجوع عليها بما دفعه للصغيرة أما سقوط مهر الكبيرة ان كان قبل الوطء فلا يشترط له تعمد الفساد (قوله وتعمد الفساد انما يكون الخ) فان فات شئ منه لم تكن متعمدة والقول فى ذلك قولها لانه لا يقف عليه غيرها ولا يقال الجهل بحكم الشرع لا يعتبر فى دار الاسلام لانا نقول لم يعتبر لرفع الحكم وانما اعتبرناه لدفع قصد الفساد الذى يصير الفعل به تعديا وهذا لانه لا يجب عليها الضمان الا اذا قصدت الفساد وقصدها الفساد لا يتصور مع الجهل بالفساد او بالنكاح زيلعى (قوله اذا ارضعتها بلا حاجة) فلو ظنت انها جائعة فأرضعتها ثم تبين انها شبعانة لا تكون متعمدة شرنبلالية عن الجوهرة (قوله وعن محمد انه يرجع فى الوجهين) لانها أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر والتأكيد جار مجرى الاتلاف ولنا انها متسببة لا مباشرة لانها باشرت الارضاع وهو ليس بموضوع لافساد النكاح بل هو سبب موضوع للجزئية وانما يثبت الفساد فى هذه الصورة باتفاق الحال والمتسبب انما يضمن بالتعدى زيلعى قوله ثم القول فى ذلك قولها أى بيمينها شرنبلالية عن الفتح والجوهرة ثم الاخذ بقولها مقيد بما اذا لم توجد قرينة تدل على تعمدها الفساد در عن المعراج (قوله ويثبت بما يثبت به المال) لكن لا تقع الفرقة الا بتفريق القاضى لتضمنها ابطال حق العبد والظاهر عدم توقفها على الدعوى لتضمنها حرمة الفرج الذى هو حق الله والحاصل ان المذهب عندنا ان النكاح لا يرتفع بحرمة الرضاع والمصاهرة بل يفسد حتى لو وطئها قبل التفريق لا يجب عليه الحد اشتبه الامر اولم يشتبه وفى الفاسد لابد من تفريق القاضى أو المتاركة بالقول فى المدخول بها وفى غيرها يكتفى بالمفارقة بالابدان نهر عن الزيلعى فى اللعان قال ونقل ابن وهبان انه لو شهد عندها عدلان على الرضاع بينهما وهو يجحد ثم ماتا أو غابا قبل الاداء عند القاضى لا يسعها المقام معه كما لو شهدا بطلاقها الثلاث وكذا لا يسعها قتله به يفتى ولا التزوج بآخر وقيل لها التزوج ديانة در عن شرح الوهبانية (تتمة) قال لزوجته هى أمى أو أختى أو بنتى من الرضاع وأصر على ذلك بان قال بعده هو حق أو كما قلت فرق بينهما وان لم يصر بل قال أخطأت أو نسيت لم يفرق ولو اقرت المرأة بذلك قبل النكاح واصرت عليه جاز أن يتزوجها لان الحرمة ليست اليها قالوا وبه يفتى بزازية قال فى الصغرى هذا دليل على انها لو أقرت بالثلاث من رجل حل لها أن تزوج نفسها منه اه لان الطلاق فى حقها مما يخفى لاستقلال الرجل به فصح رجوعها ومثل هذا فى الاقرار بالنسب فيمن ليس لها نسب معروف وأفاد انه لا يثبت بخبر الواحد امرأة كان أو رجلا سواء كان ذلك قبل العقد أو بعده كذا فى الكافى والنهاية تبعا لرضاع الخانية الا انه ذكر فى المحرمات انه ان كان قبل النكاح وكان المخبر عدلا ثقة لا يجوز النكاح وان بعده وهما كبيران فالاحوط أن يتنزه وبه جزم البزازى معللا بأن الشك فى الاول وقع فى الجواز وفى الثانى فى البطلان والدفع أسهل من الرفع واختلاف الجواب فى البابين لاختلاف الروايتين ففى المحيط شهدت واحدة به قبل العقد فقيل يعتبر فى رواية ولا يعتبر فى اخرى نهر ولفظ الخانية على ما فى البحر أراد أن يخطب امرأة فشهدت امرأة قبل النكاح انها أرضعتهما كان فى سعة من تكذيبها كما لو شهدت به بعد النكاح اه وفى الدرر أقرت به وأنكر ثم أكذبت نفسها وتزوجها جاز وكذا ان تزوجها قبل أن تكذب نفسها ولو أقرا جميعا بذلك ثم أكذبا أنفسهما ثم تزوجها جاز الخ فهذا يقتضى عدم ثبوته بخبر الواحد فما فى الزيلعى عن المغنى وتبعه العينى من ان خبر الواحد مقبول فى الرضاع الطارئ ومعناه أن يكون تحته صغيرة وتشهد واحدة بأنها رضعت امه اواخته أو امرأته بعد العقد الخ ثم قال وعلى هذا فينبغى أن يقبل قول الواحدة قبل العقد خلاف المعتمد ولذا قال فى البحر والحاصل ان الرواية قد اختلفت فى اخبار الواحد قبل النكاح وظاهر المتون انه لا يعمل به وكذا الاخبار برضاع طارئ فليكن هو المعتمد فى المذهب الخ (قوله أو رجل وامرأتين) ولو كانت احدى المرأتين هى المرضعة شيخنا (قوله وقال مالك الخ) لان الحرمة من حقوق

الله

ان تعمدت) الكبيرة (الفساد) وتعمد الفساد انما يكون اذا ارضعتها بلا حاجة وضرورة وتعلم بقيام النكاح وتعلم ان الارضاع مفسد (والا) أى وان لم تتعمد الفساد بان فات شئ مما ذكرنا (لا) يرجع به وعن محمد انه يرجع فى الوجهين وهو قول الشافعى ثم القول فى ذلك قولها (ويثبت) الرضاع (بما يثبت به المال) وهو شهادة الرجلين العدلين العاقلين البالغين المحترين اورجل وامرأتين كذلك وقال مالك بشهادة امرأة واحدة ان كانت موصوفة بالعدالة وقال الشافعى يثبت بأربع نسوة والله سبحانه وتعالى اعلم

الله تعالى فتثبت بخبر الواحد كسائر حقوقه كمن اشترى لحما فأخبره عدل انه ذبيحة مجوسى فان الحرمة تثبت به ولا يحل تناوله غير انه اذا ثبتت الحرمة يثبت زوال ملك النكاح ضمنا وكم من شئ يثبت ضمنا وان كان لا يثبت قصدا ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك فى النكاح وابطال الملك يتوقف على شهادة شاهدين كما فى الشهادة على الطلاق لان ملك النكاح مع الرضاع لا يجتمعان فتكون الشهادة بالرضاع شهادة بالفرقة اقتضاء بخلاف مسئلة اللحم لان حرمة التناول تقبل الفصل عن زوال الملك كالعصير اذا تخمر والدهن اذا تنجس وجلد الميتة فانها مملوكة مع حرمة تناولها فامكن قبولها لثبوت الحرمة مع بقاء الملك فاعتبر فيه الامر الدينى زيلعى (فرعان) الاول قضى القاضى بالتفريق برضاع بشهادة امرأة لم ينفذ* الثانى مص رجل ثدى زوجته لم تحرم در

(كتاب الطلاق)

(قوله المناسبة ان الطلاق الخ) اى المناسبة بين كتاب الطلاق وكتاب الرضاع كما هو صريح كلامه لكن قوله اولان الطلاق الخ يقتضى ان المناسبة بين كتاب الطلاق والنكاح وهذا تدافع حموى واجاب عنه شيخنا بأنه يمكن دفع التدافع باعتبار المناسبة اما بين الطلاق والرضاع فهى الاشتراك فى التحريم واما باعتبارها بين الطلاق والنكاح فهى التقابل والتضاد لا بين الطلاق والرضاع فانه الذى يوجب التدافع اه وقدم الرضاع لان حرمته مؤبدة والطلاق مغي بغاية وتقديم الاشد أسد نهر (قوله وهو اسم بمعنى التطليق) أى اسم مصدر مسماه التطليق الذى هو مصدر طلق مضعف العين حموى (قوله ومصدر) عطف على قوله اسم والمراد ان الطلاق استعمل اسم مصدر للتطليق ومصدر الطلق حموى واعلم ان الفرق بين المصدر واسم المصدر هو ان المعنى الذى يعبر عنه بالفعل الحقيقى الذى هو مبدأ الفعل الصناعى ان اعتبر فيه تلبس الفاعل به وصدوره عنه فاللفظ الموضوع بازائه مقيدا بهذا القيد يسمى مصدرا وان لم يعتبر فيه ذلك فاللفظ الموضوع بازاء ذلك مطلقا عن هذا القيد المذكور هو اسم المصدر شيخنا (قوله بالضم الخ) وانكر الاخفش الضم وهو لغة حل القيد ورفعه غير انه استعمل فى النكاح بالتفعيل وفى غيره بالافعال ولهذا اذا قال لامرأته أنت مطلقة بتشديد اللام لا يحتاج الى النية وبتخفيفها يحتاج در عن الزيلعى وكلهم يقول طالق بغير هاء لاختصاص الانثى به والمذكور فى الصحاح انه يقال طالقة وكانه لغة قليلة نهر واقول فى شرح الكافية للمحقق الرضى ما نصه والاصل فى الصفات أن يفرق بين مذكرها ومؤنثها بالتاء ويغلب فى الصفات التى على وزن فاعل ومفعل أن لا تلحقها التاء ان لم يقصد فيها معنى الحدوث كحائض وطالق ومرضع فان قصد فيها معنى الحدوث فالتاء لازمة كحاضت فهى حائضة وطلقت فهى طالقة وقد تلحقها التاء ان لم يقصد الحدوث كمرضعة وحاملة وربما جاءت مجردة عن التاء صفة مشتركة بين المذكر والمؤنث اذا لم يقصد الحدوث نحو جمل ضامر وناقة ضامر ورجل أو امرأة عابس وفى هذه الصفات مجردة عن قصد الحدوث ثلاثة أقوال انتهى حموى (قوله يدل على الحل والانحلال) يتأمل فى وجه دلالته عليهما حموى لان الانحلال أثر الحل يترتب عليه فكيف يدل الحل عليه واما ان التركيب يدل على الحل فالذى يظهر تسليمه ثم ظهر ان كلامه على التوزيع فاذا قلنا انه اسم مصدر مكرر العين فقد أفاد الحل وان قلنا انه مصدر فعل بالضم او الفتح فقد افاد الانحلال كذا ذكره شيخنا (قوله هو رفع القيد الخ) عبر المصنف بالقيد رعاية للمعنى اللغوى وبه اندفع ما فى البحر من ان رفع القيد حاصل بالاذن لها وليس طلاقا يعنى فليس التعريف مانعا حموى لم يقل رفع عقد النكاح لان الرفع انما يرد على الموجود وهو الحكم واما العقد فعرض انقضى ولم يقل من الاهل فى المحل لان هذا شرط فى وجوده لا فى حقيقته قيل التعريف غير مطرد لصدقه على الفسوخ كخيار العتق والبلوغ أى عتق الزوجة وبلوغ احدهما

قوله بشهادة امرأة عبارة الدرر امرأتين قوله لم ينفذ لانه من المسائل التى لا يسوغ فيها الاجتهاد وهى نيف وثلاثون مذكورة فى قضاء الاشباه قوله مص رجل قيد به احترازا عما اذا كان الزوج صغيرا فى مدة الرضاع فانها تحرم عليه اه بحراوى

(كتاب الطلاق) المناسبة ان الطلاق محرم كالرضاع اولان الطلاق مقابل للنكاح وهو اسم بمعنى التطليق كالسلام والسراح بمعنى التسليم والتسريح ومصدر من طلقت المرأة بالضم كالجمال من جمل وبالفتح كالفساد من فسد والتركيب يدل على الحل والانحلال (هو رفع القيد

مطلب الفرق بين المصدر واسم المصدر

وارتداد احدهما فكان عليه ان يقول بلفظ مخصوص كما فى الفتح لكن يرد عليه أى على الفتح أنه مع
هذا غير منعكس اذ الرجعى لاشك انه طلاق ولا رفع فيه لما فى المحيط الطلاق الرجعى لا يزيل القيد والحل
للحال بل فى المآل متى انضم اليه ثنتان أو انقضاء العدة فكان عليه ان يقول ولوما لا نهر ولهذا قيل ينبغى
انه لو طلقها ثم راجعها قبل مضى العدة أن لا يكون طلاقا لانه لم يوجد الرفع فى المآل والجواب ان الرفع
فى المآل لم ينحصر فى انقضاء العدة قبل المراجعة بل فيه وفيما اذا طلقها بعد ثنتين فانه حينئذ يظهر عمل
الطلقة الاولى بانضمام الثنتين اليها فتحرم حرمة غليظة كما أشار اليه فى المحيط بقوله واذا طلقها ثم
راجعها يبقى الطلاق وان كان لا يزيل القيد والحل للحال لانه يزيلهما فى المآل اذا انضم اليه ثنتان ايضا
وعلى هذا لو طلقها ثم ماتت قبل مضى العدة أو طلقها ثم راجعها ثم ماتت يتبين عدم وقوع الطلقة
الاولى حتى لو حلف انه لم يوقع عليها طلاقا لا يحنث حموى ومعنى الاطراد انه كلما وجد الحد وجد المحدود
والانعكاس كلما وجد المحدود وجد الحد وهذا ليس كذلك لان الرفع يوجد ويتخلف عنه الطلاق
والطلاق يوجد ويتخلف عنه رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح هذا ايضاح كلامه شيخنا (قوله الثابت
شرعا) خرج به القيد الثابت حسا فقط كحل الوثاق والا ففى الطلاق رفع قيد حسى كمنع الخروج من
من بيته حموى ولا حاجة لقوله شرعا لان بالنكاح يغنى عنه شيخنا عن الوانى قال بعض الشارحين كان
ينبغى ان يعرف بانه لفظ دال على رفع قيد النكاح لان حقيقة الشئ ركنه وركنه هو اللفظ المخصوص
الدال على رفع القيد واجيب بان التعريف تارة يكون بالحد وتارة يكون بالرسم وما هنا تعريف اسمى
اختاره المصنف على الحد تسهيلا على الطلاب واقول التحقيق ان لفظ الطلاق والنكاح والبيع أمور
اعتبارية حصلت مفهوماتها أولا ووضعت اسماؤها بازائها فليس لها معان غير تلك المفهومات لان الامور
الاعتبارية لا يكون لها حقيقة وراء الاعتبار الذى اعتبره المعتبر فتكون تلك المفهومات التى وضعت
الاسماء بازائها حدودا اسمية لا رسوما حموى (قوله بالنكاح) خرج به العتق نهر وسببه الحاجة الى
الخلاص عند تباين الاخلاق وشرطه كون الزوج مكلفا والمرأة منكوحة او فى عدة تصلح معها محلا
للطلاق شرنبلالية وضبطها فى المحيط فقال المعتدة بعدة الطلاق يلحقها الطلاق والمعتدة بعدة الوطء
لا يلحقها الطلاق فلا يقع فى عدة عن فسخ كخيار العتق والبلوغ ونحو ذلك واورد عليه فى فتح القدير
المعتدة عن تفريق باباتها أو ارتداد احدهما حيث يلحقها الطلاق مع انها معتدة عن فسخ نهر وحكمه
وقوع الفرقة مؤجلا بانقضاء العدة فى الرجعى وبدونه فى البائن وركنه نفس اللفظ ومحاسنه منها ثبوت
التخلص به من المكاره الدينية والدنيوية ومنها جعله بيد الرجال لا النساء وشرعه ثلاثا وأما وصفه فالاصح
حظره الا لحاجة شرنبلالية عن الفتح وقوله وشرطه كون الزوج مكلفا أى ولو تقديرا ليدخل السكران
كما فى النهر وقوله والاصح حظره رجح العامة اباحته وقولهم الاصل فيه الحظر معناه ان الشارع ترك هذا
الاصل فأباحه وهو نظير قول صاحب الاسرار الاصل فى النكاح الحظر وانما أبيح للحاجة الى التوالد
والتناسل فهل يفهم منه انه محظور فالحق اباحته بحر بل يستحب لو مؤذية أو تاركة الصلاة كما فى غاية
البيان ومفاده ان لا اثم بمعاشرة من لا تصلى نهر وعن ابن مسعود لان ألقى الله وصداقها بذمتى خير من أن
أعاشر امرأة لا تصلى ويجب لوفات الامساك بالمعروف كما فى المجبوب والعنين ويحرم لو بدعيا وجعلت
ولايته الى الرجل لانه المالك كالمسترق لها بالمهر ولانها الا روية لها فى أمورها وشرع العدد فيه للتمكن من
التدارك عند الندم وانحصر فى الثلاث لانه عدد متعين فى الشرع وهو أقل الجمع ولا نهاية لا كثره عينى
(تتمة) هل الطلاق ينحصر فى الثلاث فى حقه عليه السلام أم لا خلاف حكاه الشبرخيتى فى شرح مختصر
الشيخ خليل المالكى فى الكلام على الخصائص (قوله تطليقها) مرفوع بالابتداء مصدر مضاف الى
مفعوله وطوى ذكر الفاعل تقديره تطليق الرجل امرأته واشار الشارح بقوله تطليقة واحدة يعنى رجعية
كما فى النهر الى ان واحدة صفة مصدر محذوف وقوله فى طهر متعلق بالمبتدا وقيد به لانه لو كان فى الحيض

الثابت شرعا بالنكاح (تطليقها) تطليقة
(واحدة فى طهر لا وطء فيه وتركها حتى
تمضى عدتها أحسن)

مطلب هل ينحصر الطلاق فى الثلاث
فى حقه عليه السلام

لامكن ان يكون لنفرة الطبع لا للمصلحة حموى عن البرجندى وقوله لا وطء فيه اى فى الطهر جملة فى محل
الجر على انها صفة الطهر عينى وقوله لا وطء فيه اى ولا فى الحيض الذى قبله لانه لو طلقها فى طهر وطئها
فى حيض قبله كان بدعيا ولو طلقها بعد ظهور حملها أو كانت ممن لا تحيض فى طهر وطئها فيه لا يكون
بدعيا لعدم العلة اعنى تطويل العدة عليها نهر واقتصر على قوله لا وطء فيه ولم يقل منه ليدخل فى كلامه
ما لو وطئت بشبهة فان طلاقها والحالة هذه فيه بدعى لكن يرد عليه الزنى فان الطلاق فى طهر وقع
فيه سنى حتى لو قال لها انت طالق للسنة وهى طاهرة ولكن وطئها غيره فان كان زنى وقع وان بشبهة لا كذا
فى المحيط وكان الفرق ان وطء الزنى لم يترتب عليه احكام النكاح فكان هدرا بخلاف الوطء بشبهة
وقوله وتركها بالرفع عطف على المبتدا وهو أيضا مصدر مضاف الى مفعوله والفاعل متروك أى وترك
هذا المطلق امرأته حتى تمضى عدتها وقوله أحسن خبر المبتدا لما روى عن ابراهيم النخعى كان الصحابة
يستحبون ان لا يزيدوا فى الطلاق على واحدة حتى تمضى عدتها ولانه ابعد من الندم لتمكنه من التدارك
عينى والمراد تركها من غير طلاق آخر لا الترك مطلقا لانه اذا راجعها لا يخرج الطلاق عن الاحسنية حموى
وانما كان هذا القسم أحسن من الثانى لانه لا خلاف لاحد فى عدم الكراهة فيه بخلاف الثانى فان مالكا
يقول فيه بالكراهة نهر ومعنى كونه أحسن أى بالنسبة الى البعض الآخر لا أنه فى نفسه حسن فاندفع به
ما قيل كيف يكون حسنا مع انه أبغض الحلال وهذا أحد قسمى المسنون فانه حسن واحسن ومعنى
المسنون هنا انه ثبت على وجه لا يستوجب عتابا لا انه المستعقب للثواب لان الطلاق ليس عبادة فى نفسه
فالمراد هنا المباح نعم لو وقعت له داعية أن يطلقها بدعيا فمنع نفسه الى وقت السنى يثاب على كف نفسه
عن المعصية لا على نفس الطلاق ككف نفسه عن الزنى مثلا بعد تهيئ اسبابه ووجود الداعية فانه يثاب
لا على عدم الزنى لان الصحيح ان المكلف به الكف لا العدم بحر لانه لا اختيار له فيه (قوله وسنى من حيث
الوقت والعدد) هذا معلوم من كلامه بالاولى لانه اذا كان القسم الثانى اعنى الحسن سنيا فلان يكون
الاحسن سنيا بالاولى نهر اعلم ان السنة فى الطلاق من وجهين سنة فى العدد وسنة فى الوقت فالسنة فى
العدد يستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها وهى أن لا يزيد على واحدة فى الحال كما بين والسنة فى
الوقت تثبت فى حق المدخول بها خاصة وهى ان يطلقها فى طهر لم يجامعها فيه لان المراعى دليل الحاجة
وهو الاقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالى عن الجماع اما زمان الحيض فزمان
النفرة وبالجماع مرة فى الطهر تفتر الرغبة وغير المدخول بها يطلقها فى حال الطهر والحيض خلافا لزفر حموى
ولو كان غائبا واراد أن يطلقها للسنة كتب اليها اذا جاءك كتابى هذا ثم حضت فطهرت فأنت طالق ولو اراد
ان يفعل ذلك ثلاثا كتب ثلاثا اذا حضت وطهرت فأنت طالق وان شاء قال فأنت طالق ثلاثا للسنة وان
كانت لا تحيض قال ثم اذا هل شهر فأنت طالق اوفأنت طالق ثلاثا للسنة وهذه الكتابة على هذا الوجه
واجبة نهر عن الفتح (قوله وقال مالك هو بدعة ولا يباح الا واحدة) لان الطلاق محظور فلا يباح الا قدام
عليه الا لدفع الحاجة وهو يحصل بالواحدة ولنا قوله عليه السلام لعمر مر ابنك فليراجعها ثم يدعها حتى
تحيض وتطهر ثم يطلقها ثم تحيض وتطهر ثم يطلقها ان أحب عينى (قوله ثم قيل الاولى ان يؤخر الايقاع)
اى فى الطلقة الاولى حموى (قوله والاظهر انه يطلقها كما طهرت) لئلا يبتلى بالايقاع عقب الوقاع هداية
قال الكمال والاول اقل ضررا فكان أولى شرنبلالية (قوله أو بكلمتين متفرقتين) اذا لم يتخلل بين
التطليقتين رجعة وان تخللت فلا يكره عند ابى حنيفة وان تخلل التزوج بينهما فلا يكره بالاجماع زيلعى
وقوله وان تخلل التزوج اى فيما اذا أبانها ثم عقد عليها ثم طلقها فى الطهر شيخنا (قوله بدعى) اسم من
الابتداع غلب استعمالها فيما هو نقص فى الدين او زيادة نهر ووجه كونه بدعيا ما روى فى حديث ابن عمر
قال قلت يا رسول الله ارايت لو طلقتها ثلاثا قال اذا قد عصيت ربك وبانت منك امرأتك واعلم انه ذهب
جماعة منهم الظاهرية والشيعة الى ان الطلاق الثلاث جملة لا يقع الا واحدة لما روى عن ابن عباس انه

وسنى من حيث الوقت والعدد (و)
تطليقها مدخولا بها (ثلاثا فى) ثلاثة
(أطهار) لا وطء فيها أى كل طهر
تطليقة واحدة (حسن وسنى) من حيث
الوقت العدد وقال مالك هو بدعة
ولا يباح الا واحدة ثم قيل الاولى أن
يؤخر الايقاع الى آخر وقت الطهر احترازا
عن تطويل العدة والاظهر أن يطلقها
كما طهرت (و) تطليقها (ثلاثا) بكلمات
متفرقات (فى طهر) واحد (او بكلمة)
واحدة فيه أو الجمع بين التطليقتين فى
طهر واحد بكلمة واحدة أو بكلمتين
متفرقتين (بدعى) من حيث العدد
وسنى من حيث الوقت ان خلا الطهر
عن الجماع

قال كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابى بكر وسنتين من خلافة عمر واحدة فامضاه عليهم عمر ولنا ما روى من حديث العجلانى وفيه طلقها ثلاثا قبل ان يأمره النبى عليه السلام متفق عليه ولم ينقل انكاره وقد روى ذلك نصا عن عمر وعلى وابن عمر والجواب عن حديث ابن عباس انه انكار على من يخرج عن سنة الطلاق بايقاع الثلاث واخبار عن تساهل الناس فى مخالفة السنة فى الزمان المتأخر عن العصرين كانه قال الطلاق الموقع الآن ثلاثا كان فى ذينك العصرين واحدة عينى تبعا للزيلعى لكن قال الكمال وما نقل فى تأويله ان الثلاث التى يوقعونها الآن انما كانت فى الزمان الاول واحدة تنبيها على تغير الزمان ومخالفة السنة يشكل اذ لا يتجه حينئذ قوله فامضاه عليهم عمر شيخنا عن خط الشلبى ثم اعلم ان مدة خلافة الصديق كانت سنتين وعمر عشر سنين وخلافة على ست سنين وعثمان اثنى عشر سنة شيخنا (قوله وقال الشافعى مباح) لانه مشروع وهو لا يجامع الحظر عنده بخلاف الطلاق فى حالة الحيض أو فى طهر جامعها فيه لان الحظر فيه لغيره ولنا ما تلونا وما روينا من حديث ابن عمر لانه أمر بالتفريق والايقاع جملة يضاده فيكون مفوتا للمأمور به فيكون بدعة ضرورة ولان الطلاق انما جعل متعددا ليمكنه التدارك عند الندم فلا يحل له تفويته كما قلنا ليس له أن يطلقها حالة الحيض لانها زمان النفرة فلعله يندم فى زمان الطهر زيلعى (قوله وغير الموطوءة) حقيقة او حكما ولا وجه لقصره على الحقيقى كما فى النهر لان الخلوة كالوطء فى حكم العدة ومراعاة السنة فى الطلاق لاجل العدة كما فى المعراج حموى (قوله ولو حائضا) ظاهره ان الطلاق الاحسن لا يكون فى غير المدخول بها حيث جعل مطلق الطلقة فى غير الموطوءة من الطلاق الحسن ويمكن أن تجعل واو ولو حائضا للحال على ما ذهب اليه بعض النحاة وعلى هذا يكون الطلاق الواحد فى غير المدخول بها ان وجد فى الحيض فهو حسن والا فهو احسن حموى عن البرجندى (قوله وعند زفر يكره حالة الحيض) لان قيام النفرة الطبيعية والمنع الشرعى فيه لا يختلف بالدخول وعدمه فصارت كالمدخول بها وبه قال مالك فى رواية ولنا ان الرغبة لا تفتر عن غير المدخول بها حائضا كانت أو طاهرة حتى يحصل مقصوده بخلاف المدخول بها فان طهرها هو زمان تجدد الرغبة عينى وعلى هذا لا يكره له تخييرها قبل الدخول فى حالة الحيض وان تختار نفسها وأن يفرق القاضى بينهما بخيار البلوغ وغيره زيلعى (قوله وفرق على الاشهر فيمن لا تحيض) لان الشهر فى حقها قائم مقام الحيض ثم ان كان الطلاق فى أول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة وان كان فى وسطه فبالايام فى حق التفريق والعدة عند أبى حنيفة وهو رواية عن أبى يوسف وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهى مسئلة الاجارة زيلعى ولو قال وكذا فى العدة عند أبى حنيفة الخ لكان أولى لانه لا خلاف بينهم فى اعتبار الشهور بالايام فى حق التفريق ولهذا قال فى النهر ثم ان أوقعه فى أول كل شهر أعنى أول ليلة رئى فيها الهلال اعتبرت الاشهر بالاهلة اتفاقا وان فى وسطه فبالايام فى التفريق اتفاقا فلا يوقع الثانية فى اليوم الموفى ثلاثين بل فى الحادى والثلاثين وكذا فى العدة عند الامام واعلم ان تفريق الطلاق على الاشهر فى حق من لا تحيض حسن وسنى كما فى متن الدرر وسيأتى فى كلام الشارح ما يدل عليه وهو قوله وعند محمد وزفر لا تطلق الحامل للسنة الا واحدة (قوله لصغر) بان لم تبلغ تسع سنين على المختار أو اياس بأن بلغت خمسا وخمسين سنة على الراجح أما ممتدة الطهر فمن ذوات الاقراء فلا يطلقها للسنة الا واحدة ما لم تدخل فى حد الاياس لان الحيض مرجو فى حقها نهر وعلى هذا لو كان قد جامعها فى الطهر وامتد لا يمكن تطليقها للسنة حتى تحيض ثم تطهر وهى كثيرة الوقوع فى الشابة التى لا تحيض زمن الرضاع بحر (قوله لا تطلق الحامل الخ) لان الشهر فى حقها ليس من فصول العدة فصارت كممتدة الطهر ولهما أن الاباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها كما فى حق الآيسة والصغيرة بخلاف الممتد طهرها اذ الحيض مرجو فيها ولا يرجى مع الحمل (قوله وصح طلاقهن) أى حل لان الكلام فيه لا فى الصحة لان الكراهة فى ذوات الحيض باعتبار توهم الحمل لان

مطلب فى مدة خلافة الخلفاء الاربعة رضى الله تعالى عنهم

وقال الشافعى مباح (وغير الموطوءة طلق) واحدة لا زيادة عليها (للسنة ولو) كانت (حائضا) وهو ظاهر الرواية وقيل ان السنة فى العدد تختص بالموطوءة حتى لو طلق ثلاثا جملة لغير الموطوءة لا يكره وعند زفر يكره حال الحيض كذا فى الحواشى نقلا عن الشرح (وفرق) طلاق الموطوءة للسنة من حيث الوقت والعدد (على الاشهر) بأن يطلقها واحدة فاذا مضى شهر آخر يطلقها اخرى فاذا مضى شهر آخر يطلقها اخرى (فيمن لا تحيض) لصغر أو كبر أو حمل وعند محمد وزفر لا تطلق الحامل للسنة الا واحدة (وصح طلاقهن)

عند

عند ذلك يشتبه وجه العدة ولم يوجد هنا شيخنا اخذا من كلام الزيلعى واعلم ان ضمير النسوة وهى النون من قوله وصح طلاقهن راجع الى من فى قوله فيمن لا تحيض مراعاة لمعناها لوقوعها على الصغيرة والآيسة والحامل لا للفظها اذ حقه الافراد والتذكير وقد وقع مراعاة كل منهما فى القرآن حموى (قوله اى الصغيرة) قيده الحلوانى بصغيرة لا يرجى حبلها اما من يرجى فالافضل ان يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر كما قال زفر واعترضه فى الفتح بأن قول زفر ليس هو فى افضلية الفصل بل فى لزومه واجاب فى البحر بأن التشبيه فى اصل الفصل لا فى الافضلية نهر (قوله والحامل) لانه لا يؤدى الى اشتباه وجه العدة وزمان الحبل زمان الرغبة فى الوطء لكونه غير معلق قال ابن الكمال وفيه نظر لان الاطباء أجمعوا على ان الجماع فى حال الحمل يضر بالولد فعلى هذا ينبغى أن لا يكون زمان الحبل زمان الرغبة عند الخواص اه واقول هذا عجيب منه رحمه الله فانه لا التفات الى كلام الاطباء اذا خالف كلام الفقهاء حموى (قوله وهو بدعى) أى الطلاق بعد الوطء وان صح هو بدعى من حيث الوقت هذا هو الظاهر من كلامه وفيه نظر فليحرر ويجوز أن يجعل الضمير راجعا لمطلق الطلاق الا انه بعيد غاية البعد وبالجملة فموضع هذه الجملة بعد قوله وطلاق الموطوءة حائضا بدعى حموى (قوله من حيث الوقت والعدد) الصواب اسقاط الوقت فان طلاق من لا تحيض فى طهر وطئها فيه لا يكون بدعيا لعدم العلة أعنى تطويل العدة عليها كذا ذكره شيخنا (تتمة) معنى كون الطلاق سنيا من حيث الوقت ان يكون الطهر الواقع فيه الطلاق لا وطء فيه اذا كانت ممن تحيض فان كانت لا تحيض وطلقها فى طهر وطئها فيه لم يكن بدعيا كما سبق عن شيخنا ومعنى كونه سنيا من حيث العدد تفريق الطلاق على الاطهار ان كانت ممن تحيض او على الاشهر ان كانت لا تحيض وتقدم ان السنة فى العدد يستوى فيها المدخول بها وغيرها بخلاف السنة فى الوقت فانها خاصة بالمدخول بها فغير المدخول بها يطلقها فى حال الطهر والحيض كما سبق (قوله وعند زفر يفصل بين الجماع والطلاق بشهر) كما يفصل بين التطليقتين به لانه بالجماع تفتر الرغبة فلا بد من مضى المدة لتجددها كذوات الاقراء بخلاف الحامل لان الرغبة فيها وان فترت من وجه بقيت من وجه آخر لان الحبل يدعو الى امساكها لمكان الولد منها ولنا ان الكراهية فى ذوات الحيض باعتبار توهم الحبل لان عند ذلك يشتبه وجه العدة لاحتمال العلوق ولم يوجد هذا المعنى هنا وصارت كالحامل والرغبة وان فترت من وجه كثرت من وجه آخر لانه يرغب فى وطء غير معلق زيلعى (قوله وطلاق الموطوءة حال كونها حائضا بدعى) لقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن أى لاطهار عدتهن وقال عليه السلام فى حديث ابن عمر لما ان طلق زوجته وهى حائض ما هكذا أمرنا الله تعالى ولا خلاف انه بهذا الايقاع عاص ولما كان المنع منه فيه لتطويل العدة عليها كان النفاس كالحيض قيد بالطلاق لان التخيير والاختيار والخلع فى الحيض لا يكره بحر عن المجتبى والجوهرة (قوله وهو مستحب) اى المراجعة المفهومة من الفعل وذكر الضمير لان المصدر المختوم بالتاء يجوز تذكيره وتأنيثه وانما كانت مستحبة لانه عليه السلام أمر عمر حيث قال مر ابنك وقطع نسبة الامر الواقع بقوله فليراجعها عن نفسه والامر المحمول على الايجاب هو المنسوب الى الشارع ولو كان المراد هنا الامر الايجابى لكان حقه أن لا يقطع نسبته عن نفسه ويقول قل لابنك فليراجعها حموى عن ابن الكمال وسيأتى عن العناية جوابه (قوله والاصح انها واجبة) عملا بحقيقة الامر ورفعا للمعصية بالقدر الممكن برفع أثره وهو العدة ودفعا للضرر عنها بتطويل العدة زيلعى عن الهداية وقوله ورفعا للمعصية معطوف على قوله عملا لان رفع المعصية واجب ورفعها بعد وقوعها انما هو برفع اثره اى اثر الطلاق الذى هو معصية وهو العدة ودفع الضرر تطويل العدة بالمراجعة فان قلت الامر لعمر وحقيقة الوجوب على عمر أن يأمر ابنه بذلك ولا دلالة فى ذلك على الوجوب على ابنه قلت قال فى العناية ان فعل النائب كفعل المنوب فصار كانه عليه الصلاة والسلام امره بذلك فيثبت الوجوب ويجوز أن يقال فليراجعها أمر لابن عمر

أى الصغيرة والآيسة والحامل (بعد الوطء) بلا فصل وهو بدعى من حيث الوقت والعدد ان كان زائدا على الواحدة وعند زفر يفصل بين الجماع والطلاق بشهر فى حق الآيسة والصغيرة (وطلاق الموطوءة) حال كونها (حائضا بدعى) من حيث الوقت (فيراجعها) لدفع البدعة وهى مستحبة والاصح انها واجبة (ويطلقها) ان شاء (فى طهر ثان)

فتجب عليه المراجعة اه (قوله فى طهر ثان) يعنى اذا طهرت من تلك الحيضة التى وقع فيها الطلاق ثم حاضت ثم طهرت وهو الطهر الثانى فيطلقها فى ظاهر الرواية وهو المذكور فى الاصل ووجهه مارواه نافع عن ابن عمر انه طلق امرأته وهى حائض وفى رواية تطليقة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر وتحيض ثم تطهر ثم ان شاء امسك وان شاء طلق قبل ان يمس فتلك العدة التى أمر الله ان تطلق لها النساء رواه الجماعة غير ابن ماجه عينى وماجه باسكان الهاء وصلا ووقفا شيخنا عن ابن خلكان (قوله وعن أبى حنيفة انه يطلقها فى الطهر الذى يلى الحيضة الخ) كذا ذكره الطحاوى وقول الكرخى ماذكره الطحاوى قول أبى حنيفة وماذكر فى الاصل قولهما رده فى الفتح كما فى الشرنبلالية بان الظاهران مافى الاصل قول الكل لانه موضوع لاثبات مذهب الامام الا ان يحكى الخلاف ولم يحك فلهذا قال فى الكافى انه ظاهر الرواية عن أبى حنيفة وماذكره الطحاوى رواية عن أبى حنيفة اه وجه ماذكره الطحاوى مارواه سالم عن ابن عمر انه طلق امرأته وهى حائض فذكر ذلك عمر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مره فليراجعها ثم ليطلقها اذا طهرت رواه مسلم والاربعة عينى ثم جملة الامر أن النساء صنفان مدخول بها وغير مدخول بها والمدخول بها نوعان حيالى وحبالى والحيالى نوعان ذوات الاقراء وذوات الاشهر والطلاق نوعان سنى وبدعى فالسنى من وجهين احدهما من جهة العدد والآخر من جهة الوقت فالسنة من حيث العدد شامل للكل حتى لايجوز له ان يطلق بكلمة واحدة أو فى طهر واحد من غير تخلل رجعة أو نكاح اكثر من واحدة والسنة من حيث الوقت يختص بالمدخول بها الحائل ذات الاقراء والبدعى أنواع ان يطلقها بكلمة واحدة أو فى طهر واحد أكثر من واحدة من غير تخلل ماذكرنا أو يطلق المدخول بها فى حالة الحيض أو فى طهر قد جامعها فيه وهى من ذوات الاقراء أكثر من واحدة فكل ذلك مذكور فى المتن فتأمله زيلعى (قوله ولو قال لموطوءته) حقيقة أو حكما لما سيأتى فى الشارح ان الخلوة كالدخول (قوله وقع عند كل طهر طلقة) لانه مطلق فيتناول الكامل وان كانت من ذوات الاشهر يقع للحال طلقة وبعد شهر اخرى وبعد شهر أخرى وكذا الحامل ان لم يكن له نية أو نوى كذلك فان كان قبل الدخول بها وقعت للحال طلقة ثم لا يقع عليها قبل التزوج شئ زيلعى ولا تنحل اليمين لان زوال الملك بعد اليمين لا يبطلها فان تزوجها وقعت الثانية فان تزوجها أيضا وقعت الثالثة فتفرق الثلاث على التزوجات كما فى فتح القدير فما فى المعراج من انه يقع الثلاث للحال بالاجماع سهو ظاهر بحر (قوله وقال زفر لا يصح اذا نوى الثلاث فى الحال) لانه نوى ضد السنة والشئ لا يحتمل ضده ولنا انه نوى ما يحتمله لفظه فصحت نيته لانه سنى وقوعا من حيث ان وقوع الثلاث جملة عرف بالسنة لا ايقاعا فلم يتناوله مطلق كلامه اذ المطلق ينصرف الى الكامل وهو السنى وقوعا وايقاعا وينتظمه عند نيته كما اذا قال كل مملوك لى حر أو حلف لا يأكل لحما لا يتناول المكاتب ولا لحم السمك الا بالنية لقصور فيه ولو قال أنت طالق للسنة ونوى ثلاثا جملة أو متفرقا على الاطهار صح هكذا ذكره شمس الائمة وشيخ الاسلام وصاحب الاسرار وذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد وجماعة منهم صاحب الهداية انه لا يصح نية الجملة فيه زيلعى والحاصل انهم اختلفوا فيما اذا نوى وقوع الثلاث جملة هل يصح مطلقا سواء ذكر الثلاث أولا والراجح انه لا يصح فيه وقوعها جملة اذا لم يذكر الثلاث ولهذا نظر فى العناية فى كلام قاضيخان بانه يستلزم التساوى بين العبارة والاقتضاء فى العموم وهو خلاف المذهب فان المقتضى لاعموم له عندنا (قوله واعلم ان الخلوة كالدخول الخ) ومنه يعلم ان المصنف لو أبدل قوله ولو قال لموطوءته بقوله للمدخول بها ليشمل مالو اختلى بها فقط لكان أولى (قوله والبائن ليس بسنى فى ظاهر الرواية) اذ لا حاجة الى اثبات زيادة البينونة فى الخلاص ووجه مانقله الشارح عن الزيادات من انه سنى فلا يكره حاجته الى الخلاص ناجزا (قوله والخلع سنى) لانه لا يمكن تحصيل البدل الا به (قوله ويقع طلاق كل زوج) من كل وجه فلا يرد زوج المبانة اذ لا يقع طلاقه بائنا

وعن أبى حنيفة رحمه الله تعالى انه يطلقها فى الطهر الذى يلى الحيضة التى طلقها فيه (ولو قال لموطوءته) وهى من ذوات الاقراء (أنت طالق ثلاثا للسنة) ولم ينو شيئا (وقع عند كل طهر طلقة) وان نوى ان تقع الثلاث الساعة) أى فى الحال (أو عند كل شهر واحدة صحت) نيته وقال زفر لا يصح ان نوى الثلاث فى الحال ولو كانت آيسة أو صغيرة مدخولا بها أو لا مدخولا بها وقعت وقال أنت طالق ثلاثا للسنة وقعت الساعة واحدة وبعد شهر أخرى وبعد شهر آخر أخرى ثم اعلم ان الخلوة كالدخول فى حق مراعاة السنة والبائن ليس بسنى فى ظاهر الرواية وفى الزيادات سنى والخلع سنى سواء كان فى حيض او طهر (ويقع طلاق كل زوج

عليها فى العدة ثم كلامه شامل لما اذا وكل به او اجازه من الفضولى ولو زوجته بان قال نعم ماصنعت او اصبت لا على وجه الانكار وفى القنية فى نعم ماصنعت قال ابو بكر لا يكون اجازة ولو قال بئس ماصنعت فهو اجازة وعندى على عكسه وبه أخذ الفقيه أبو الليث وهو الظاهر وفى الخانية عن ابن الفضل التسوية بين نعم وبئس فى ان كلا منهما لا يكون اجازة وفى البزازية وتطليق الفضولى والاجازة قولا وفعلا كالنكاح انتهى فلو حلف لا يطلق فطلق فضولى ان اجاز بالقول حنث وبالفعل لا قول ويمكن ان يكون كيفية الاجازة بالفعل ان يدفع اليها مؤخر صداقها بعد ماطلقها الفضولى نهر (فرع) جحود النكاح لا يكون طلاقا ذكره ابن الملك فى الوصية حموى (قوله عاقل) اى حقيقة ومافى الدرر عن البدائع ولو تقديرا ليدخل السكران لا يحتاج اليه للاستغناء عنه بما سيأتى فى المتن (قوله ولو كان الزوج مكرها الخ) اى بالنطق لما فى الخانية فلو اكره بالحبس والضرب على ان يكتب طلاق امراته فكتب فلانة بنت فلان بن فلان طالق لا تطلق امراته لان الكتابة أقيمت مقام العبارة باعتبار الحاجة ولا حاجة هنا نهر قيد بالاكراه على الكتابة لانه لو كان بدون اكراه وكان مستبينا على نحو لوح وقع ان نوى وقيل مطلقا ولو على نحو الماء فلا مطلقا ولو كتب على وجه الرسالة والخطاب كان يكتب يا فلانة اذا جاءك كتابى هذا فانت طالق طلقت بوصول الكتاب در عن الجوهرة وفى النهر عن الخانية أكره على أن يوكل به فقال أنت وكيلى ثم قال لم اوكله بطلاقها لم يسمع منه لانه اخرج الكلام جوابا للكلام الآمر والجواب يتضمن اعادة مافى السؤال وقد حصر غير واحد مايصح مع الاكراه فى مواضع عشرة ووصلها فى الخزانة الى ثمانية عشر وهى الطلاق والنكاح والرجعة والحلف بطلاق او عتاق والظهار والايلاء والعتق وايجاب الصدقة والعفو عن دم العمد وقبول المراة الطلاق على مال والاسلام وقبول الصلح عن دم العمد على مال والتدبير والاستيلاد والرضاع واليمين والنذر ولم يذكر الفئ مع ان من اقتصر على العشرة عده فهى تسعة عشر والعشرون الاكراه على قبول الوديعة ففى القنية اكره على قبول الوديعة فتلفت فى يده فلمستحقها تضمين المودع ان كان بفتح الدال وهو الظاهر ولا يخفى ان الطلاق ولو على مال والعتق كذلك يشمل المعلق والمنجز والنذر يشمل ايجاب الصدقة وقد نظمها فى النهر فقال

طلاق وايلاء ظهار ورجعة * نكاح مع استيلاد عفو عن العمد
رضاع وايمان وفئ ونذره * قبول لايداع كذا الصلح عن عمد
طلاق على جعل يمين به اتت * كذا العتق والاسلام تدبير للعبد
وايجاب احسان وعتق فهذه * تصح مع الاكراه عشرين فى العد

وقوله يمين به اتت ضميره به للطلاق وضمير اتت لليمين اى الحلف بالطلاق وكذا بالعتاق قال فى النهر ثم ظهر لى بعد ذلك ان مافى القنية انما هو بكسر الدال فليس من المواضع فى شئ وذلك انه فى البزازية قال اكره بالحبس على ايداع ماله عند هذا الرجل واكره المودع ايضا على قبوله فضاع لا ضمان على المكره والقابض لانه ماقبضه لنفسه كما لو هبت الريح فالقته فى حجره فاخذه ليرده فضاع فى يده لا يضمن انتهى واطلق كثير صحة اسلام المكره قال فى البحر وقيده فى سير الخانية بكونه حربيا وان كان ذميا لا يكون مسلما اه قال فى النهر اقول وهذا التقييد لم يوجد فى سير الخانية بل فى المبسوط انه مذهب الشافعى اه وتعقبه شيخنا بان نفى الوجود غير مسلم بل هو موجود فيها ونصه فى باب مايكون كفرا من المسلم ومالا يكون وكذا اسلام المكره اسلام عندنا ان كان حربيا وان كان ذميا لا يكون اسلاما اه ومثل مافى البحر من التقييد فى منح الغفار بالعزو الى الخانية ووجه المسئلة بأن الحربى يجبر على الاسلام دون الذمى وقد قلد صاحب النهر فى الرد على صاحب البحر العلامة السيد الحموى فى حاشيته على الاشباه وقد علمت سقوطه (قوله على الطلاق) اى على انشائه وقال الشافعى طلاق المكره لا يقع لقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن امتى الخطأ والنسيان ومااستكرهوا عليه وبه قال مالك واحمد ولنا قوله عليه السلام ثلاث جدهن جد وهزلهن

مطلب جحود النكاح لا يكون طلاقا

عاقل بالغ ولو) كان الزوج (مكرها) على الطلاق اما لو اكره على الاقرار بالطلاق فاقر لا ينفذ اقراره نص عليه فى شرح الطحاوى

حد النكاح والطلاق والرجعة والمراد بما رواه احكام الآخرة لان عينه ليس بمراد لوجوده حقيقة وحكمه دنيوى واخروى فلا يتناولهما لفظ واحد لانهما كالمشترك وحكم الآخرة مراد بالاجماع فانتفى الآخر ان يكون مرادا عينى وكما لا يؤثر فى هذه الاشياء الاكراه لا يؤثر فيها الهزل وقد نظمها العلامة الحموى فقال

وليس الاكراه مع هزل يؤثر فى * عتق نكاح طلاق واليمين تلا

(قوله ولو سكران) محله اذا كان اصيلا واما اذا وكله رجل بطلاق فطلق وهو سكران لا يقع حموى عن الملتقطات يعنى وكان وكيلا بالطلاق على مال فلو بلا مال وقع كما فى النهر عن البزازية وهى احدى المسائل السبعة التى استثناها الاصوليون من تصرفات السكران والثانية الاقرار بالحدود الخالصة والثالثة الردة والرابعة الاشهاد على شهادة نفسه والخامسة الاب او الجد اذا زوج الصغير باكثر من مهر المثل والسادسة الوكيل بالبيع لو سكر فباع لم ينفذ بيعه على موكله والسابعة لو غصب من صاح فرده وهو سكران نهر ولو زاد المصنف او ساهيا لكان اولى لانه لا فرق فى وقوع الطلاق بين ان يكون قاصدا له ام لا كما فى منية المفتى ونصه ملخصا اراد ان يلتزم صوم يوم فجرى على لسانه صوم شهر او اراد ان يقول شيئا فجرى على لسانه النذر او الطلاق او العتاق او اراد فى يمينه الخبز فجرى على لسانه اللحم او جرى على لسانه طلاق عمرة وهو يريد زينب يعتبر ما سمى فى القضاء اه وانما قيد بقوله فى القضاء لانه لا يقع عليه طلاق ولا عتاق ديانة افصح به فى فتح القدير حيث قال وقد يشير اليه اى الى الوقوع قضاء فقط قوله فى الخلاصة بعد ذكر ما لو سبق لسانه بالطلاق ولو كان بالعتاق يدين اه يعنى ولا فرق بين الطلاق والعتاق نهر وهو الظاهر من قول الامام بحر عن الخانية خلافا لابى يوسف فابو يوسف يفرق بينهما ففى الطلاق يقع قضاء لا ديانة وفى العتق يقع قضاء وديانة ولا خلاف ان المنذور يلزمه ولا خلاف انه لو جرى على لسانه الكفر مخطئا لا يكفر وكذا ان تلفظ به غير عالم بمعناه وانما لا يقع عليه طلاق فى الديانة لان التى سمى لم يردها واما غيرها فلانها لو طلقت طلقت بمجرد النية بحر عن الحاوى (قوله وهو اختيار الكرخى والطحاوى) وعليه الفتوى كما فى التتارخانية عن التفريق درر ووجهه انه لا قصد له كالنائم زيلعى ووجه ما مشى عليه المصنف ان عقله زال بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما زجرا له والخلاف مقيد بما اذا شربه للتداوى اما اذا كان للهو والطرب فيقع بالاجماع نهر عن الجوهرة (قوله وزال عقله) فيه مسامحة لا تخفى بل هو مغلوب لكن لما كان المغلوب كالمعدوم اطلق عليه اسم الزوال (قوله او من الشهد) الشهد العسل فى شمعها وفيه لغتان فتح الشين لتميم وجمعه شهاد مثل سهم وسهام وضمها لاهل العالية شيخنا عن المصباح (قوله كزواله بالبنج) سياق كلام الشارح يدل على تحريمه وبه صرح فى الجوهرة حيث قال ولا يجوز اكل البنج والحشيش والافيون وذلك كله حرام لانه يفسد العقل حتى يصير الرجل فيه ذا خلاعة وفساد ويصد عن ذكر الله وعن الصلاة لكن تحريم ذلك دون تحريم الخمر فان اكل شيئا من ذلك لا حد عليه وان سكر كما اذا شرب بولا او اكل غائطا فانه حرام ولا حد عليه بل يعزر بما دون الحد اه لكن صرح الزيلعى باباحته ونصه واختار الكرخى والطحاوى ان طلاق السكران لا يقع لانه لا قصد له كالنائم وهذا لان شرط صحة التصرف العقل وقد زال فصار كزواله بالبنج وغيره من المباحات قال المولى سرى الدين وقد وقع التصريح بذلك يعنى اباحة البنج فى كلام غير واحد كصدر الشريعة فى مبحث العوارض من التوضيح (قوله اذا لم يعلم فعله قبل الاكل) هل يأتى هذا القيد فى قوله سابقا ولو شرب من الاشربة الخ كذا بخط بعض الفضلاء والظاهر انه لا يتأتى لان فعل الاشربة معلوم قبل الشرب فلا حاجة الى التقييد حموى (قوله واما اذا علم فعله واكل يقع الطلاق) قال فى النهر والحق التفصيل وهو انه ان كان للتداوى لم يقع لعدم المعصية وان لم يكن بل للهو وادخال الآفة قصدا ينبغى ان لا يتردد فى الوقوع وقد قيد ابن ملك فى شرح المنار اباحة البنج والافيون بما اذا كان للتداوى وفى تصحيح القدورى وفى هذا الزمان اذا سكر من البنج يقع طلاقه زجرا له وعليه الفتوى (قوله قال بعض مشايخنا لا يقع) قال فى النهر وهو الاصح

(و) لو كان الزوج (سكران) وفى احد قولى الشافعى لا يقع وهو اختيار الكرخى والطحاوى ولو شرب من الاشربة التى تتخذ من الحبوب او من العسل او من الشهد فسكر وطلق لا يقع خلافا لمحمد كذا فى شرح المجمع ولو شرب الخمر فلم يزل عقله بالشرب ولكن صدع وزال عقله بالصداع لا يقع طلاقه كزواله بالبنج والدواء اذا لم يعلم فعله قبل الاكل واما اذا علم فعله واكل يقع الطلاق ولو اكره على الشرب فشرب حتى سكر وطلق امرأته قال بعض مشايخنا لا يقع

كما فى التحفة وشرح الجامع والفتاوى لقاضيخان (قوله وقال بعضهم يقع) وهو الصحيح كما فى الخانية قال بعض الفضلاء ظاهره انه لا فرق بين طلاقه بالصريح وبالكناية لكن شرطوا فى الكناية النية فهل يقال انه لا يقع عليه الا اذا اعترف بالنية فلو مات فى حال سكره لا يحكم عليه بالطلاق فليحرر حموى (قوله ولو اخرس باشارته) يعنى المقرونة بالتصويت لان العادة منه ذلك فكانت بيانا لما اجمله الاخرس حموى وهذا الاطلاق قيده الزيلعى بما اذا ولد اخرس او طرأ عليه ذلك ودام اما اذا لم يدم فانه لا يقع وفى آخر النهاية عن التمرتاشى تقديره بسنة وعن الامام انه لا بد ان يدوم الى الموت قالوا وعليه الفتوى اه وعلى هذا فتصرفاته قبل ذلك موقوفة وعن بعض الشافعية انه ان كان يحسن الكتابة لم يقع طلاقه بدونها قال فى الفتح وهو قول حسن فالخلاف انما هو فى قصر صحة تصرفاته على الكتابة والا فغيره يقع طلاقه بالكتابة ولا يحتاج الى نية حيث كان على وجه الرسم فما بالك به نهر وظاهره وقوع الطلاق باشارته مطلقا وان كان يحسن الكتابة وهو صريح كلام الخانية معللا بانه لا يرجى منه العبارة فتقام الاشارة مقام العبارة كما تقام الكتابة مقام العبارة (قوله لا طلاق الصبى الخ) لقوله عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبى والمجنون والمراد بالجواز النفوذ دون الحل لان فعل الصبى والمجنون لا يوصف بالحرمة عناية واطلق الصبى فعم المراهق وما لو اجازه بعد البلوغ اما لو قال اوقعته وقع لانه ابتداء ايقاع وجوزه الامام أحمد كما فى الدر لكن قوله اما لو قال اوقعته وقع يشكل بما لو طلق فى النوم فاستيقظ فقال اوقعته حيث لا يقع كما سيأتى (قوله والمجنون) الا اذا علق عاقلا ثم جن فوجد الشرط او كان عنينا او مجبوبا او اسلمت وهو كافر وابى ابوه الاسلام وقع الطلاق در عن الاشباه لكن لو ابدل قوله وابى ابوه الاسلام بقوله وابى كل من ابويه لكان اولى لانه يحكم باسلامه تبعا لاحدهما ايا ما كان واراد بالمجنون من فى عقله اختلال فيدخل المعتوه والمبرسم والمغمى عليه والمدهوش نهر (قوله والنائم) لانتفاء الارادة ولهذا لا يتصف بصدق ولا كذب ولا خبر ولا انشاء درر حتى لو طلقها وهو نائم ثم قال اجزت ذلك الطلاق او اوقعت ما تلفظت به فى النوم لم يقع اما لو قال اوقعت ذلك الطلاق او جعلته طلاقا وقع لانه ابتداء ايقاع نهر واستشكله شيخنا بان اسم الاشارة راجع الى ما تلفظ به فى النوم فكيف يقع به وفى الشرنبلالية عن الجوهرة كذا لو استيقظ فقال اجزت ذلك الطلاق او اوقعته لا يقع به لانه اعاد الضمير الى غير معتبر اه قال ثم ظهر لى الفرق وهو انه اوقع الطلاق فى اليقظة بلفظ مماثل الصادر فى النوم (قوله والسيد على امرأة عبده) سواء كان كامل الملك او لا حموى وعلل المسئلة منلا خسرو بانه ليس بزوج وتعقبه عزمى زاده بان هذا التعليل لم يجده فى كتب الفقه ولا يظهر له وجه صحة فان الشبهة انما هى من جهة ان يكون للولى التصرف فى طلاق العبد كما ان له التصرف فى نكاحه فان له اجبار عبده وأمته على النكاح كما سبق فى بابه والاولى ان يعلل بان ملك النكاح حق العبد فيكون الاسقاط اليه دون المولى كما فى الهداية اه اما اذا قبل العبد النكاح على ان امرها بيده اى بيد سيده يطلقها كيف شاء صح وكان الامر بيده بخلاف ما لو قال زوجنى امتك على ان امرها بيدك فزوجها منه حيث لا يكون فى يده كما فى الخانية وفيها لو قال العبد اذا تزوجتها فامرها فى يدك ابدا كان الامر فى يده ولا يمكنه اخراجه ابدا وسيأتى نظيره فى المحلل نهر ولا فرق بين ان تكون حرة او امة للولى او لغيره حموى (قوله وقال الشافعى الطلاق يعتبر بحال الرجال) لقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ولنا ما روته عائشة عنه عليه السلام انه قال طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان لا يقال اراد به الامة التى تحت العبد لانا نقول عدة الاماء لا تختلف بين ان تكون تحت حر او عبد فتقييده فى حق الطلاق يوجب تقييده فى حق العدة ولم يقل به احد فكان باطلا ولان الحر لو ملك ثلاثا على الامة لملك ايقاعه عليها على وجهه المشروع وهو ايقاعه فى اوقات السنة لان من ملك الطلقات الثلاث يملك ايقاعها فى اوقات السنة وبه افحم عيسى بن ابان ابن صدقة الشافعى فقال ايها الفقيه اذا ملك الحر على الامة ثلاث تطليقات كيف يطلقها للسنة فقال يوقع عليها واحدة فاذا

وقال بعضهم يقع (و) لو كان (اخرس) يقع (باشارته حرا) كان الزوج (او عبدا لا) اى لا يقع (طلاق الصبى والمجنون والنائم والسيد على امرأة عبده واعتبار الطلاق) وقال الشافعى الطلاق يعتبر بحال الرجال والخلاف يظهر فى حرة تحت عبد وامة تحت حر (فطلاق الحرة ثلاث) مطلقا سواء كان زوجها حرا او عبدا وقال الشافعى ثلاث ان كان زوجها حرا

حاضت وطهرت يطلقها واحدة فلما اراد ان يقول فاذا حاضت وطهرت قال امسك حسبك فان عدتها قدانقضت بالحيضتين فلما تحير رجع فقال ليس فى الجمع بدعة ولا فى التفريق سنة زيلعى وعيسى بن أبان من أصحاب محمد (قوله وطلاق الامة ثنتان) بالتأنيث باعتبار تأويل الطلاق بالتطليقة كما فى العناية حموى (تتمة) ملك أحد الزوجين الآخر كله او بعضه بطل النكاح لان المالكية تنافى ابتداء النكاح فتمنع بقاءه ولو حررته حين ملكته فطلقها فى العدة أو خرجت الحربية من دار الحرب مسلمة ثم خرج زوجها مسلما فطلقها فى عدتها الغاه ابو يوسف اى قال لا يقع فى المسئلتين واوقعه محمد فهما درر وابن ملك ونفى وقوع الطلاق قول ابى يوسف الآخر وتطلق فى قوله الاول وهو قول محمد كما ذكره قاضيخان ويخالفه نقل الكمال عن المبسوط انه لا يقع طلاقه فى قول ابى يوسف الاول وهو قول محمد وفى قوله الآخر يقع اه (تنبيه) لم يذكر منلا خسرو عكس المسئلة وهى ما لو حررها بعد شرائه ثم طلقها فى العدة والحكم وقوع الطلاق فى قول محمد وقول ابى يوسف الاول ورجع ابو يوسف عن هذا وقال لا يقع وهو قول زفر وعليه الفتوى قاله قاضيخان انتهى فالفتوى على ما مشى عليه منلا خسرو تبعا للمجمع من عدم وقوع الطلاق فيما لو حررته بعد شرائها اياه كذا فى الشرنبلالية قال شيخنا اقول قد ذكر الزيلعى فى اضافة الطلاق الى الزمان المسئلة الاولى وعكسها على الاتفاق مقتصرا عليه فى الثانى وعزا كون القول بالوقوع فى الاولى لمحمد فقط الى الكافى وعلل وقوع الطلاق فى المسئلة الاولى وعكسها اما فى الاولى فقال لزوال المنافى لمالكية الطلاق ولهذا تجب عليه النفقة والسكنى واما فى الثانية فقال لزوال المانع بقى ان قيد تحريرها اياه وتحريره اياها هل هو معتبر المفهوم اولا ففى الزيلعى انه معتبر حيث قال عقب قول المصنف فلو اشتراها وطلقها لم يقع يعنى لو اشترى امراته ثم طلقها لم يقع الطلاق عليها لان وقوع الطلاق يستدعى قيام النكاح من كل وجه او من وجه ولم يوجد وكذا اذا ملكته او شقصا منه لا يقع لما قلنا وعن محمد انه يقع وقد رد الزيلعى هذه الرواية على محمد بما يطول وهل البيع مثل التحرير اولا ذكر الزيلعى انه مثله حيث قال والبيع بعد الشراء كالعتق فيما ذكرنا ز وال المانع الخ (خاتمة) يقع الطلاق بلفظ العتق بلا عكس يعنى اذا قال لامراته اعتقتك تطلق اذا نوى او دل عليه الحال واذا قال لامته طلقتك لا تعتق لان ازالة الملك اقوى من ازالة القيد درر

(باب الطلاق الصريح)

لما فرغ من بيان اصل الطلاق ووصفه شرع فى بيان تنويعه اى تنويع ما به الايقاع الى الصريح والكناية فبدأ اولا ببيان الصريح ثم أعقبه بالكناية نهر وهو لغة اما من صرح بمعنى خلص من تعلقات الغير فهو صريح وهو الذى لا يفتقر الى اضمار وتأويل او من صرحه اظهره ومنه يسمى القصر صرحا لظهوره ولفظ الصريح قد يكون عربيا كما هو فى المتن وقد يكون فارسيا على اختلاف المشايخ كذا فى المفتاح وتقييده بالفارسية يقتضى ان ما عدا الفارسية والعربية لا يوجد فيه صريح الطلاق حموى (قوله هو اسم لكل كلام الخ) هذا عند الاصوليين قال الحموى وهو عند الاصوليين ما ظهر المراد منه ظهورا بينا حتى صار مكشوف المراد بحيث يسبق الى فهم السامع بمجرد السماع حقيقة كان او مجازا وعند الفقهاء ما استعمل فى الطلاق دون غيره وفى التحرير هو ما ثبت حكمه الشرعى بلا نية اه (قوله مكشوف المراد) اى فى نفسه بالنظر الى كونه لفظا مستعملا سواء كان المراد منه معنى حقيقيا او مجازيا كذا فى التلويح واحترز بقوله فى نفسه عن استتار المراد منه فى الصريح بواسطة غرابة اللفظ او ذهول السامع عن الوضع وعن انكشاف المراد منه فى الكناية بواسطة التفسير والبيان حموى عن البرجندى (قوله وذا انما يكون عند كثرة الاستعمال) اى ولو بطريق المجاز كما سبق كالتعبير بالجزء عن الكل وفى قوله

وذا

(و) طلاق (الامة ثنتان) مطلقا سواء كانت تحت حر او عبد وقال الشافعى ثنتان ان كانت تحت عبد
(باب الطلاق الصريح) هو اسم لكل كلام مكشوف المراد كشفا الاشتباه فيه بحيث يسبق الى فهم السامع مراده وذا انما يكون عند كثرة الاستعمال (هو

وذا انما يكون عند كثرة الاستعمال ايماء الى انه لا يشترط فى كونه صريحا عدم استعماله فى غيره حتى لو استعمل فى غيره نادرا لم يقدح فى كونه صريحا ويدل عليه ما فى النهر عن الخانية من انه اذا كان تركيا واراد به الطحال لا يصدق فاسبق عن الحموى ومثله فى النهر ايضا من انه ما استعمل فى الطلاق دون غيره اه اى استعمالا كثيرا وليس المراد نفى الاستعمال فى غيره اصلا فان قلت يشكل حينئذ بما فى الدرر والدرر من انه الذى لم يستعمل الا فيه قلت لا اشكال لانه اذا كان ما كثر استعماله فيه صريحا فالذى لم يستعمل الا فيه أولى بالصراحة كما فى البحر ونصه الصريح فى اصول الفقه ما غلب استعماله فى معنى بحيث يتبادر حقيقة أو مجازا فان لم يستعمل فى غيره فاولى بالصراحة وقد وقع فى الهداية تدافع فانه علل الالفاظ التى ذكر المصنف انها من الصريح بالاستعمال فى معنى الطلاق دون غيره ثم علل عدم افتقارها الى النية بغلبة الاستعمال كذا فى الفتح وأجاب فى البحر بحمل العبارة الاولى على الغالب (قوله كانت طالق) ولو بفتح اللام وكذا اذا ابدل الطاء تاء أو القاف عينا أو غينا أو كافا أو لاما ولم يصدق انه لم يرد الطلاق الا اذا اشهد على ذلك قبل التكلم سواء كان عالما أو جاهلا وعليه الفتوى واعلم ان التقييد بالخطاب فى كلام المصنف اتفاقى بل مثل أنت طالق زوجتى طالق أو هى طالق وما فى النهر قيد بخطابها لما فى البزازية قال لها لا تخرجى الا باذنى فانى حلفت بالطلاق فخرجت لا يقع لعدم ذكر حلفه بطلاقها ويحتمل الحلف بطلاق غيرها والقول له اه فيه نظر اذ لا دلالة فى كلام البزازية على ان عدم الوقوع فى هذه الصورة لعدم الخطاب حتى يؤخذ منه فائدة التقييد بالخطاب فى كلام المصنف وقوله فى البحر وقوعه فى القضاء بلا نية بشرط ان يقصدها بالخطاب معناه اذا كانت الصيغة فيها خطاب لا ان الخطاب شرط حموى على ان قول البزازى والقول له يفيد ان عدم وقوع الطلاق فى المسئلة التى ذكرها لكونه لم ينوها ثم ظهر سقوط اعتراض الحموى على النهر لان صاحب النهر لم ينفرد بهذه العبارة بل هو تابع لما صرح به فى البحر حيث قال قيد بخطابها لانه لو قال حلفت ولم يضف اليها لا يقع كما فى البزازية الخ والحاصل ان خصوص الخطاب ليس مرادا بل ما هو الاعم منه أو ما يقوم مقامه كالاضافة صرح بذلك فى البحر حيث قال وذكر اسمها أو اضافتها اليه كخطابه اه فالتقييد بالخطاب ونحوه كالاضافة للاشارة الى ان الصيغة لا تكون من الصريح الا اذا اشتملت على شئ من ذلك كذكر اسمها فان تجردت عن ذلك لم تكن من الصريح فيتوقف الوقوع حينئذ على النية يدل على ذلك صريح عبارة البزازى السابقة ويدل عليه أيضا ما صرح به فى البحر حيث قال اذا قال طالق فقيل له من عنيت فقال امراتى طلقت ولو قال امراة طالق او قال طلقت امراة ثلاثا وقال لم اعن به امراتى يصدق ولو قال عمرة طالق واسم امراته عمرة وقال لم اعن به امراتى طلقت امراته ولا يصدق قضاء وفى النهر لو سماها بغير اسمها لم تطلق الا بالنية ولو قال عليه الطلاق من ذراعى كما يفعله العوام يقع عليه الطلاق قضاء وفيه عن الفتح وقد تعورف الحلف بالطلاق يلزمنى لا افعل كذا يريدان فعلته فعلى الطلاق فيجرى عليهم لانه صار بمنزلة قوله ان فعلت فانت كذا ولو قال على الطلاق او الطلاق يلزمنى او الحرام ولم يقل لا افعل كذا لم اجده فى كلامهم نهر وقد ظفر به شيخنا مصرحا به فى كلام الغاية للسروجى معزيا الى المغنى ونصه الطلاق يلزمنى او لازم لى صريح لانه يقال لمن وقع طلاقه لزمه الطلاق وكذا قوله على الطلاق اه ونقل السيد الحموى عن الغاية معزيا الى الجواهر الطلاق لى لازم يقع بغير نية اه بخلاف قوله لامراته لك الطلاق حيث يتوقف على النية عند الامام ان نواه يقع والا فلا وقال ابو يوسف ان نواه يقع وان لم ينو فالامر بيدها وعنه يقع فى القضاء ويدين ان نوى غير ذلك ولو قال عليك الطلاق تطلق بالنية وان قال طلاقى عليك واجب وقع حموى عن المبتغى (تتمة) حذف القاف فان كسر اللام او كان فى مذاكرة الطلاق وقع بلا نية والا توقف عليها ووجه الوقوع انه ترخيم كذا فى الخانية قال فى الفتح وهو غلط لانه انما يكون اختيارا فى النداء وفى غيره اضطرارا فى الشعر اه ورده فى النهر بان الترخيم لغة يقال على مطلق الحذف كما نص عليه الجوهرى وغيره وهو المراد هنا ولو قال

كانت طالق

باطال بكسر اللام وقع بلانية كذا فى الخانية ايضا قال فى النهر وينبغى ان يكون الضم كذلك اذ هو لغة من لا ينتظر بخلاف الفتح فانه يتوقف على النية اه قال السيد الحموى وفيه تأمل ووجهه انه ينبغى ان يتوقف على النية فى الضم ايضا فانه اذا لم ينتظر الحرف الذى بعد اللام لم تكن مادة طلاق موجودة ولا ملاحظة حتى يكون الطلاق بها صريحا لا يحتاج الى النية بخلافه على لغة من ينتظر الآخر وفى البحر لو حذف اللام أو الطاء معها لم يقع اه وكلامه على التوزيع أى حذف اللام مع القاف بان اقتصر على الطاء أو حذف الطاء مع القاف بان اقتصر على اللام فتدبر (قوله ومطلقة) ولو كان لها زوج طلقها قبل فقال اردت ذلك الطلاق صدق ديانة باتفاق الروايات وقضاء فى رواية أبى سليمان وهو حسن كذا فى الفتح ثم قال وينبغى على قياس ما فى العتق لو سماها طالقا ثم ناداها به لا تطلق نهر (قوله ويقع الطلاق بهذه الالفاظ الخ) يشير الى ان الفاعل ضمير مستتر يرجع الى الطلاق وقوله واحدة بالنصب صفة مصدر محذوف وهذا عدول عن الظاهر من غير داع اليه وكان الظاهر ان يقال فى مزج كلام المصنف ويقع بهذه الالفاظ طلقة واحدة كما هو ظاهر حموى واقول هذا على ما وقع له فى نسخته من اسناد الفعل الى الطلاق أما على ما فى نسخة شيخنا فالطلاق مضروب عليه وحينئذ فواحدة يتعين رفعه على انه الفاعل بيقع واحترز بقوله بهذه الالفاظ عن الالفاظ الثلاثة الآتية فان نية الثلاث صحيحة فيها (قوله أولم ينو شيئا أى من الاكثر والابانة فلا يرد عليه ما لو نوى غيرهما بان نوى الطلاق عن وثاق فانه يصدق ديانة فقط الا اذا كان مكرها فانه يصدق قضاء أيضا أما عن العمل فلا الا فى رواية ولو صرح بالمنوى ففى العمل لا يصدق قضاء وفى الوثاق بفتح الواو وكسرها بمعنى القيد يصدق قضاء لانه يستعمل قليلا ولو قال أنت طالق من هذا القيد يصدق مطلقا زيلعى يعنى فى القضاء والديانة وماذكره عزمى مما يقتضى انه انما يصدق فى القضاء فقط وعزاه للزيلعى غلط شيخ شاهين وهو مقيد بما اذا لم يقرنه بالثلاث أما اذا قال أنت طالق من هذا القيد ثلاثا لم يصدق فى القضاء انه لم ينو طلاقا لانه لا يتصور رفع القيد ثلاث مرات فانصرف الى قيد النكاح لئلا يلغو وهذا التعليل يفيد اتحاد الحكم فيما لو قال مرتين قال فى البحر والحاصل ان قولهم الصريح لا يحتاج الى النية انما هو فى القضاء أما فى الديانة فيحتاج اليها لكن وقوعه فى القضاء بلا نية بشرط ان يقصدها بالخطاب بدليل ما قالوه لو كرر مسائل الطلاق بحضرة زوجته ويقول انت طالق ولا ينوى لا تطلق وكذا اذا كان يكتب ما فى الكتاب من قوله امرأتى طالق متلفظا بذلك على قصد الحكاية لا يقع عليه قال فى النهر وبهذا يبطل قوله فى البحر ان الوقوع فى القضاء بشرط ان يقصد خطابها لظهور ان من اراد ان يقول اسقينى فسبق لسانه بالطلاق لم يقصد خطابها الخ وفيه عن القنية امرأة كتبت انت طالق ثم قالت لزوجها اقرأ على هذا فقرأ لا تطلق اه واعلم ان المرأة كالقاضى لا يحل لها ان تمكنه اذا سمعت اوشهد به عدل لكن تعتبر نيته بينه وبين الله تعالى در وتدفعه عن نفسها بغير القتل على المختار للفتوى وعلى القول بقتله تقتله بالدواء وهذا اذا كان بعد انقضاء العدة اما اذا كانت قائمة فلا يحرم عليه وطؤها لانه رجعى فلا تمنعه عن نفسها شرنبلالية والمراد من كون المرأة كالقاضى فى عدم التصديق لا مطلقا فان خبر الواحد العدل يعتبر عند المرأة ولا يعتبر عند القاضى لان شان القاضى التفريق وشان المرأة عدم التمكين احتياطا عزمى زاده (قوله واحدة) أما قوله كأنت طالق فلما فى الهداية انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق فلا يحتمل العدد لانه ضده وذكر الطالق ذكر لطلاق هو وصفة المرأة لا لطلاق هو تطليق والعدد الذى يقرن به هو نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلاثا وتوضيحه ما قال صاحب التوضيح ان قوله انت طالق يدل على الطلاق الذى هو صفة المرأة ويدل على التطليق الذى هو صفة الرجل اقتضاء فالذى هو صفة المرأة لا يصح فيه نية الثلاث لانه غير متعدد فى ذاته وانما التعدد فى التطليق حقيقة وباعتبار تعدده يتعدد لازمه الذى هو صفة المرأة فلا تصح فيه نية الثلاث واما الذى هو صفة الرجل فلا تصح فيه نية الثلاث

ومطلقة وطلقتك ويقع) الطلاق بهذه
الالفاظ (واحدة

أيضا لانه ثابت اقتضاء وبه يظهر ان قول الزيلعى قول صاحب الهداية انه نعت فرد لا يستقيم لان الكلام فى الطلاق لا المرأة لا يستقيم لظهور ان الكلام فى الطلاق بقيد كونه صفة للمرأة لا مطلقا واما البواقى فلانها للاخبار لغة والشارع نقلها الى الانشاء لكنه لم يسقط معنى الاخبار بالكلية لانه فى جميع اوضاعه اعتبر المعانى اللغوية حتى اختار للانشاء الفاظا تدل على ثبوت معانيها فى الحال كالفاظ الماضى فاذا قال طلقتك وهو فى اللغة للاخبار وجب كون المرأة موصوفة به فى الحال فيثبت الشرع الايقاع من جهة المتكلم اقتضاء ليصح هذا الكلام فيكون الكلام ثابتا اقتضاء فلا يصح فيه نية الثلاث الا فى المصدر اذ لا عموم للمقتضى ولان نية الثلاث انما تصح بطريق المجاز ولا تصح نية المجاز الا فى اللفظ كنية التخصيص درر حتى لو حلف لا يأكل طعاما ونوى شيئا منه تعمل نيته بخلاف ما اذا حلف لا يأكل ونوى التخصيص فانه لا يصدق والفرق بينهما ان الاول ملفوظ به فيقبل التخصيص لانه من وظائف الالفاظ دون الثانى لانه ثبت اقتضاء والمقتضى لا عموم له فلا يقبل التخصيص قضاء (قوله رجعية) نسبة للرجعة وهو خطأ والصواب حذف التاء كذا قيل ورد بأن التاء هنا تاء المنسوب وذكرها واجب والتاء التى يجب حذفها فى النسب تاء المنسوب اليه وحيث كان الواقع رجعية فلا يكون مانعا من الارث أصلا لا فى الصحة ولا فى المرض درر وانما كان رجعيا لقوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان وقد قالوا الامساك بالمعروف هو الرجعة والتسريح باحسان تركها حتى تمضى عدتها عناية (قوله وان نوى الاكثر الخ) لانه ظاهر المراد فتعلق الحكم بعين الكلام وقام مقام معناه فاستغنى عن النية وبنية الابانة قصد تنجيز ما علقه الشارع بانقضاء العدة فيلغو قصده كما اذا سلم يريد قطع الصلاة وعليه سهو وكذا نية الثلاث تغيير لمقتضى اللفظ كما سنين فيلغو درر وقيد بنيته لانه لو قال جعلتها بائنة أو ثلاثا كانت كذلك عند الامام ومعنى جعل الواحدة ثلاثا على قوله انه الحق بها ثنتين لانه جعل الواحدة ثلاثا كذا فى البدائع ووافقه الثانى فى البينونة دون الثلاث ونفاهما الثالث ولو راجعها ثم قال جعلتها بائنة لم تكن بائنة لانه لا يملك ابطال الرجعة وفى الصيرفية لو قال على ان لا رجعة لى عليك فبائنة ولو قال ولا رجعة لى عليك فرجعية نهر (فرع) قال انت طالق ولا يعرف ان هذا القول طلاق طلقت فى القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى كذا بخط الحموى عن البرجندى وهذا يؤيد ما سبق عن النهر حيث ابطل ما ذكره فى البحر من ان وقوعه بالصريح فى القضاء بلا نية بشرط أن يقصدها بالخطاب فتدبر (قوله أولم ينو شيئا) لا حاجة اليه فان الواو التى تذكر قبل الشرط الواصل تكون عاطفة على ضد الشرط المذكور ويجوز ان تكون الواو للحال وعليه فلا اشكال حموى فتقدير كلامه على جعل الواو من قوله وان نوى الاكثر للعطف وتقع واحدة رجعية وان لم ينو أو نوى الاكثر أو الابانة وبه يتضح ما ذكره من عدم الحاجة لقوله أولم ينو شيئا (قوله وقال الشافعى ان نوى أكثر من واحدة يقع ما نوى) لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم لغة فصار كالتصريح به ولهذا يصح تفسيره به فصار كالبائن بل أولى لانه صريح والبائن كناية عنه ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه فتلغو نيته لان قوله انت طالق خبر واقتضاؤه ان يكون صادقا ان كان مطابقا أو كاذبا ان لم يكن مطابقا كقوله أنت قائمة ونحوه واما الوقوع من جهة الزوج فلا يقتضيه اللفظ لغة وانما ثبت بالشرع اقتضاء كيلا يكون كاذبا والمقتضى لا عموم له لان ثبوته بالضرورة وقد اندفعت بواحدة فلا حاجة الى ازيد منها بخلاف البائن لان البينونة متنوعة الى غليظة وخفيفة فكان اللفظ صالحا لهما فتعمل نيته زيلعى (قوله ولو قال أنت مطلقة بسكون الطاء الخ) لان لفظ الاطلاق ليس بمختص بالنساء فيحتاج فيه الى النية غاية (قوله ولو قال انت الطلاق الى قوله طالق طلاقا) اقتصاره على ما ذكر يشير الى انه لو قال أنت طالق تطليقة ونوى الثلاث لا يصح لان النية انما تعمل فى المحتمل وتطليقة بتاء الوحدة لا يحتمل الثلاث شرنبلالية عن الكمال متعقبا لما فى الدرر من جعله الحكم فى قوله انت طالق تطليقة كالحكم فى باقى الصور فى انه يصح فيها نية الثلاث (قوله أو أنت ذات الطلاق) أى صاحبته ترديد فى

رجعية وان نوى الاكثر او الابانة اولم ينو
شيئا) وقال الشافعى ان نوى اكثر من
واحدة يقع ما نوى وبه قال زفر وهو
قول ابى حنيفة الاول فى نية الثلاث
ولو قال انت مطلقة بسكون الطاء
لا يكون طلاقا الا بالنية (ولو قال انت
الطلاق) اى انت طالق كرجل عدل
/ او انت ذات الطلاق على حذف المضاف

تفسير قوله انت الطلاق وذلك انه اذا حمل المصدر على اسم العين لابد فى صحة الحمل من التاويل بما ذكر وبقى تأويل آخر لم يذكره هو المبالغة حموى (قوله أو أنت طالق الطلاق) مقتضى الاطلاق عدم صحة نية الثنتين وان نواهما بالتوزيع بان نوى بالمصدر واحدة أخرى وبه قال فخر الاسلام وهو المرجح فى المذهب خلافا لما فى الهداية من تقييده بما اذا لم ينوهما بالتوزيع نهر (قوله رجعية) واعلم انه يستثنى من قولهم الصريح يقع به الطلاق رجعيا الطلاق الصريح الملحق بالبائن فانه ليس برجعى حموى عن البرجندى (قوله بلانية) صفة مصدر محذوف أى وقوعا بلانية حموى (قوله أو نوى واحدة) ينظر المعطوف عليه من كلام المصنف والظاهر انه عطف على المعنى والتقدير يقع واحدة وان لم ينو او نوى الخ حموى (قوله أو ثنتين) لانه عدد محض فلا يتناوله المفرد درر واطلاقه شامل لما لو سبق منه واحدة قبل نية الثنتين ومافى الجوهرة سهو بحر وتعقبه فى النهر بانه اذا نوى الثنتين مع الاولى فقد نوى الثلاث واذا لم يبق فى ملكه الا ثنتان وقعتا اه واقره الحموى (قوله وعند زفر تصح نية الثنتين) لانها بعض الثلاث فيصح ضرورة صحة الثلاث ونحن نقول انه عدد محض فلفظ الجنس لا يدل عليه فتلغو نيته ونية الثلاث انما صحت لكونها جميع الجنس لان اللفظ مفرد فلابد من مراعاته غير ان الفرد نوعان فرد حقيقى وهو ادنى الجنس وفرد حكمى وهو جميع الجنس فايهما نوى صحت نيته لان اللفظ يحتمله ولا كذلك التثنية الا ان تكون امة فيصح لانه جميع الجنس فى حقها كالثلاث فى حق الحرة زيلعى (قوله فتصح نية الثنتين) لان ذلك جنس طلاقها عينى اى تمام الجنس درر (قوله وقال عنيت بقولى طالق واحدة وبقولى الطلاق اخرى صدق) لان كل واحدة منهما تصلح للايقاع باضمار انت فصار كقوله انت طالق انت طالق فيقع رجعيتان ان كانت مدخولا بها والا لغا الكلام الثانى زيلعى وهو ظاهر بالنسبة لما قدمناه من التقييد عن الهداية أما على ماسبق عن فخر الاسلام فلا وقصر الطحاوى نية الثلاث على المعرف اما المنكر فيقع به واحدة لا اصل له فى الرواية المشهورة فلا فرق بينهما كما قال الجصاص نهر (قوله وان اضاف الطلاق الخ) الاضافة بطريق الوضع أى الحقيقة فى انت طالق وبالتجوز فيما يعبر به عن الجملة كرقبتك شرنبلالية قال شيخنا ومن المجاز أيضا الايقاع بلفظ المصدر وكان ينبغى عدم اهماله انتهى وسواء أشار الى ما يعبر به عن الجسد كهذا الراس أو قال راسك اما لو وضع يده على نحو الرقبة فقال هذا العضو طالق أو قال الرقبة منك طالق لم يقع فى الاصح لانه لم يجعله عبارة عن الكل شرنبلالية عن البحر وفيه نظر اذ قوله هذا العضو طالق مشيرا الى رقبتها وجدت فيه الاشارة الى ما يعبر به عن الجسد فأى فرق بينهما حيث وقع الطلاق بالاشارة الى الراس دون الرقبة ثم ظهر ان الفرق انما جاء من جهة وضع اليد على العضو المشار اليه حتى لو وضع يده على الرأس لم يقع أيضا فى الاصح كما فى التنوير ومقتضاه الوقوع فيما لو اشار الى الرقبة بدون وضع يد وقال هذا العضو طالق قياسا على ما ذكره فى الدرر من انه اذا لم يضع يده بل قال هذا الرأس طالق وقع ولو نوى تخصيص العضو ينبغى ان يدين (قوله أو الى ما يعبر به عن الجملة) ضابط ذلك مانقله السيد الحموى عن البناية ان اضاف الطلاق الى عضو لا يبقى الانسان بفقده يقع وان بقى بفقده لا يقع الخ وفيه تأمل بالنسبة للفرج اذ هو مما يبقى الانسان بفقده مع ان الطلاق يقع باضافته اليه وكذا ينتقض بما سيأتى من البطن ونحوه كالظهر مما لا يقع الطلاق باضافته اليه مع انه مما لا يبقى الانسان بفقده (قوله أنت طالق) التاء ضمير ذاتها فيكون الطلاق مضافا الى جملتها حموى عن المفتاح (قوله كالرقبة والعنق الخ) قال فى المصباح العنق الرقبة وعليه فالعطف تفسيرى حموى وكذا اذا قال جسمك او نفسك وفى الظهر والدم اختلاف المشايخ قال فى خلاصة الفتاوى والمختار ان لا يقع بهما ومال صاحب الهداية الى الوقوع فى الدم وصححه فى الجوهرة نهر واستدل بقولهم دمه هدر قال شمس الائمة فى شرح الكافى وقع فى بعض النسخ لو قال بضعك طالق يقع ثم قال وهذا تصحيف انما هو بعضك او نصفك فاما البضع فلا يعبر به عن جميع البدن غاية (قوله والبدن)

(أو انت طالق الطلاق او انت طالق طلاقا تقع واحدة رجعية) سواء كان (بلانية او نوى واحدة او ثنتين) وعند زفر تصح نية الثنتين وهذا اذا كانت المنكوحة حرة اما اذا كانت امة فتصح نية الثنتين (و) اما (ان نوى) بهذه الالفاظ (ثلاثا فثلاث) ولو قال انت طالق الطلاق وقال عنيت بقولى طالق واحدة وبقولى الطلاق اخرى صدق (وان اضاف الطلاق الى جملتها) اى جملة المرأة بان قال انت طالق (او الى ما يعبر به عنها) اى عن الجملة (كالرقبة والعنق والروح والبدن

لان الرأس والاطراف غير داخلين فيه فليس من الاضافة للجملة كما توهمه الزيلعى حموى (قوله والجسد) فانه جزء باعتبار الروح فليس من الاضافة للجملة كما توهمه الزيلعى ايضا حموى فالبدن والجسد مما يعبر به عن الجملة بقى ان يقال مقتضى ماذكره السيد الحموى من ان الجسد جزء باعتبار الروح ان تكون الروح جزءا باعتبار الجسد فلا تكون الروح من قبيل الاضافة للجملة خلافا لما يظهر من كلام الزيلعى (قوله والفرج) وكذا الاست فيقع بقوله استك طالق شرنبلالية عن البحر فان قلت فعلى هذا يشكل ماصرحوا به من عدم الوقوع فى جانب الدبر لان الاست بمعناه ولهذا نظر فيه الاتقانى قلت مانظر به الاتقانى رده فى الفتح بان البضع أيضا بمعنى الفرج ويقع فى الفرج دونه لجواز تعارف أحدهما فى الكل دون الآخر قال عليه السلام لعن الله الفروج على السروج (قوله او الى جزء شائع) لانه محل لسائر التصرفات كالبيع فيكون محلا للطلاق لكنه لا يتجزأ فى حق الطلاق فيثبت فى الكل ضرورة درر بخلاف البيع لان النفس تتجزأ فى حقه فيقتصر على الجزء المضاف اليه لعدم الحاجة الى التعدى عزمى عن الزيلعى قال فى النهر والظاهر ان المضاف الى الجزء المعبر به عن الكل او الى الجزء الشائع صريح اذ لم يشترط فى الوقوع به النية وهذا يؤيد ما مر من انه لا يصدق قضاء لو نوى غيره اذا كان التعبير به عرفا مشتهرا اه واقول هذا عجيب بعد ان الكلام الآن مفروض لذكر صريح الطلاق حموى وتقييدهم الجزء بالشائع ليس للاحتراز عن المعين لما فى الخلاصة لو قال نصفك الاعلى طالق واحدة ونصفك الاسفل ثنتين أفتى بعضهم بوقوع الواحدة لان الرأس فى النصف الاعلى وبعضهم اعتبر الاضافتين لان الفرج فى الاسفل اه وقد علم انه لو اقتصر على احدهما وقعت واحدة اتفاقا بحر وهو ظاهر بالنسبة لاقتصاره على الاول دون الثانى ثم رأيته فى النهر قال ثم ظاهر قوله وبعضهم اعتبر الاضافتين يعنى فأوقع الثلاثة واحدة بالاول وثنتين بالثانى وبه عرف ان قوله فى البحر لو اقتصر على احدهما وقعت واحدة اتفاقا ممنوع فى الثانى (قوله والى اليد الخ) كذا الانف والساق والفخذ والظهر والبطن واللسان والاذن والفم والصدر والذقن والسن والشعر والريق والعرق والثدى والدم لانه لا يعبر به عن الجملة فلو عبر قوم به عنها وقع تنوير وشرحه ويزاد القلب أيضا فان قيل اليد والقلب عبر بهما عن الجميع لقوله تعالى تبت يدا أبى لهب وقوله عليه السلام على اليد ما اخذت وقوله تعالى فانه آثم قلبه وقوله تعالى ما ألفت بين قلوبهم ولهذا قال تعالى ولكن الله ألف بينهم اجيب بانه لم يعرف استمرار استعماله لغة ولا عرفا وانما جاء على وجه الندرة حتى اذا كان عند قوم يعبرون به عن الجملة وقع به الطلاق أى عضو كان درر (تتمة) نقل السيد الحموى عن المحاكمات لجلال زاده مانصه يجب ان يحتاط فى امر الطلاق اذا أضيف الى اليد والرجل باللسان التركى فان فيه يعبر بهما عن الجملة والذات والذى يفهم انه يقع الطلاق اذا أضيف اليهما باللسان التركى اه (قوله وقال زفر والشافعى الخ) لانه جزء مستمتع به بعقد النكاح فيكون محلا للطلاق فيثبت الحكم فيه قضيته للاضافة ثم يسرى الى الكل كما فى الجزء الشائع بخلاف اضافة النكاح اليه لان الحرمة فى غيره تغلب الحل فيه ولنا ان الطلاق شرع لرفع القيد فيختص بمحل القيد ومحله مايجوز اضافة النكاح اليه بخلاف الجزء الشائع لانه يجوز اضافة النكاح اليه فيكون محلا للطلاق زيلعى قال شيخنا وقوله بخلاف الجزء الشائع لانه يجوز اضافة النكاح اليه يشكل بما ذكر فى الظهيرية فى الفصل الاول من النكاح لو أضاف النكاح الى نصف المرأة فيه روايتان والصحيح انه لا يصح اه (قوله والايلاء الخ) فان قال لا اقرب رأسك او وجهك او عنقك اربعة اشهر او رأسك على كظهر أمى كان موليا ومظاهرا اتفاقا وان اضافه الى اليد مثلا لا يكون موليا ولا مظاهرا عندنا خلافا لزفر والشافعى شيخنا (قوله والظهار) والعفو عن القصاص غاية (قوله وكل سبب) من أسباب الحرمة كالكتابة شيخنا (قوله وما كان من اسباب الحل) كالنكاح والشراء فلو أضاف شراء الامة الى يدها لا يصح وكذا الهبة والوصية والاجارة شيخنا (قوله لا يصح اضافته الى الجزء المعين بلا خلاف) أى الذى لا يعبر به عن الكل نهر (قوله ولو قال طلقتك ثلاثة انصاف

والجسد والفرج والوجه او الى جزء شائع منها كنصفها او ثلثها تطلق) هذا جواب الشرط (و) ان أضاف الطلاق (الى اليد والرجل والدبر) بان قال يدك او رجلك او دبرك طالق (لا) تطلق وقال زفر والشافعى تطلق وكذا الخلاف فى كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن وكذا العتاق والايلاء والظهار وكل سبب من اسباب الحرمة على هذا الخلاف وما كان من اسباب الحل لا يصح اضافته الى الجزء المعين بلا خلاف (و) لو قال انت طالق (نصف التطليقة او ثلثها) تقع (طلقة) واحدة (و) لو قال طلقتك (ثلاثة انصاف تطليقتين) يقع (ثلاث) تطليقات ولو قال انت طالق ثلاثة انصاف تطليقة

قوله فيثبت الحكم فيه قضيته الخ كذا فى نسخ المحشى وعبارة الزيلعى فيكون محلا للطلاق فيثبت فيه قضية الاضافة ثم يسرى الخ اه بحراوى

تطليقتين يقع ثلاث تطليقات) لان نصف التطليقتين تطليقة فان جمع بين ثلاثة انصاف يكون ثلاث تطليقات ضرورة ولو قال أنت طالق نصف تطليقة وثلث تطليقة وسدس تطليقة وهى مدخول بها طلقت ثلاثا لانه اوقع من كل تطليقة جزأ فيتكامل كل جزء لانه ذكر كل تطليقة منكرا والمنكر اذا أعيد منكرا يكون غير الاول بخلاف ما اذا قال انت طالق نصف تطليقة وثلثها وسدسها حيث تطلق واحدة لان الثانى والثالث معرف فيكون عين الاول فتكون الاجزاء من طلقة واحدة فيضم بعضها الى بعض حتى تكمل ثم اذا تمت واحدة وفضل شئ وقعت ثانية ثم لا تقع ثالثة حتى تزيد الاجزاء على الثانية جزم الزيلعى بهذا ولم يحك خلافه لانه المختار كما فى النهر عن المحيط وغيره لكن نقل فى النهر عن المبسوط ان الاصح فى اتحاد المرجع وان زادت اجزاء واحدة ان يقع واحدة فقط (قوله قيل ثلاث تطليقات) لان كل نصف يتكامل فيحصل ثلاث درر قوله والصحيح انه يقع تطليقتان لان ثلاثة انصاف طلقة تكون طلقة ونصف فيتكامل النصف فيحصل طلقتان درر (قوله يقع طلقة واحدة) اشار الشارح بتقدير يقع الى ان واحدة بالرفع على انه فاعل فعل محذوف ولا يتعين بل يجوز ان يكون الرفع على انه خبر مبتدا محذوف كما ذكره العينى وحينئذ فقول العينى تطلق واحدة صوابه ابدال تطلق بالواقع على ما لا يخفى اللهم الا ان يقال انه اشار بتقدير تطلق الى تجويز احتمال النصب فى واحدة على انه صفة مصدر محذوف والتقدير تطلق طلقة واحدة بقى ان يقال ان واحدة صفة لموصوف محذوف وهو الذى قدره الشارح بطلقة وهو كثير الحذف (قوله وهذا عند أبى حنيفة) اعلم ان الاصل عند أبى حنيفة ان ابتداء الغاية يدخل لا انتهاؤها فاذا قال لها انت طالق من واحدة الى ثنتين يقع واحدة وعندهما يدخلان فيقع ثنتان وعند زفر لا يدخلان فلا يقع فى هذه الصورة شئ ولو قال من واحدة الى ثلاث يقع ثنتان ومن واحدة الى اربع يقع ثلاث وعندهما يقع ثلاث فى كل منهما وعند زفر ثنتان فى كل منهما وما بين كمن فاذا قال انت طالق ما بين واحدة الى ثنتين فعند أبى حنيفة واحدة وعندهما ثنتان وعند زفر لا يقع شئ واذا قال ما بين واحدة الى ثلاث فعند أبى حنيفة ثنتان وعندهما ثلاث وعند زفر واحدة كذا فى البرجندى وفى شرح الزيلعى بعد كلام ولابى حنيفة ان مثل هذا الكلام يراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر عرفا يقال سن فلان من ستين الى سبعين ويراد به الاكثر من الستين والاقل من السبعين اهـ وأقول فيه انه لا يتأتى هذا فى واحدة الى ثنتين لان الطلقة الواحدة لا اقل منها حتى يكون الحكم بها حكما بالاكثر من الاقل وان صح كونه حكما بالاقل من الاكثر حموى والخلاف بين الامام والصاحبين فيما اصله الحظر وفيما مرجعه الاباحة كخذ من مالى من مائة الى الف دخول الغايتين اتفاقا در وقد حاج الاصمعى زفر فقال ما تقول فى رجل قال انت طالق ما بين واحدة الى ثلاث قال تطلق واحدة لان كلمة ما بين لا تتناول الحدين فقال له ما تقول فى رجل قيل له كم سنك فقال ما بين ستين الى سبعين ايكون ابن تسع سنين فتحير فقال استحسن فى مثل هذا أى اقول بالاستحسان لا بالقياس واقول كما يشكل هذا على قول زفر يشكل على قولهما حموى ولو قال من واحدة الى واحدة قيل على الخلاف فلا يقع شئ عند زفر وعندهما ثنتان وأبو حنيفة واحدة وعلى هذا من واحدة الى اخرى شيخنا عن خط الزيلعى وقيل يقع واحدة بالاتفاق لاستحالة ان يكون الشئ الواحد حدا ومحدودا فيلغو ويبقى قوله انت طالق وفيه اشكال لان النكرتين ليستا بشئ واحد شيخنا عن خط الزيلعى أيضا ولو قال ما بين واحدة وثلاث يقع واحدة يروى ذلك عن أبى يوسف بخلاف ما اذا كان غاية زيلعى (تتمة) الاصمعى عبد الملك بن قريب بن عبد الملك بن على بن اصمع بن مظهر بن رياح بن عمرو ابن عبد شمس الاصمعى الباهلى البصرى اللغوى روى له أبو داود والترمذى ومات سنة ست عشرة وقيل خمس عشرة ومائتين عن ثمان وثمانين شيخنا عن طبقات النحاة للسيوطى (قوله ان لم ينوا ونوى الضرب) اما اذا نوى الضرب او لم يكن له نية فلان عمل الضرب اثره فى تكثير الاجزاء بعدد المضروب فيه لا فى زيادة المضروب اذ لو افادها ما وجد فى الدنيا فقير وتكثير الاجزاء على الطلقة الواحدة لا يوجب تعددها

قيل يقع ثلاث تطليقات والصحيح انه
يقع تطليقتان (و) لو قال انت
طالق (من واحدة) الى ثنتين (او ما بين
واحدة الى ثنتين) تقع طلقة (واحدة
و) لو قال انت طالق من واحدة (الى
ثلاث) او ما بين واحدة الى ثلاث
تطليقات (ثنتان) وهذا عند
أبى حنيفة رحمه الله وقالا يقع فى الاولى
ثنتان وفى الثانية ثلاث وقال زفر
لا يقع شئ فى الاولى وفى الثانية تقع
واحدة وهو القياس (و) لو قال انت
طالق (واحدة فى ثنتين) تقع طلقة
(واحدة) رجعية ان لم ينو (أو نوى
الضرب) والحساب وقال زفر
والشافعى يقع ثنتان

مالم تزد الاجزاء على الواحدة على ما تقدم ولان قوله فى ثنتين ظرف حقيقة وهو لا يصلح له فيقع المظروف لا ما جعله ظرفا وعند زفر يقع ثنتان لعرف الحساب وهو قول الحسن بن زياد زيلعى قال سرى الدين افندى ورجح فى فتح القدير قول زفر وكذا رجحه فى غاية البيان (قوله وان نوى واحدة وثنتين فثلاث) ان كانت مدخولا بها لوجود معنى الجمع وان لم تكن مدخولا بها فواحدة كقوله انت طالق واحدة وثنتين ولو نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلاث مطلقا عينى أى سواء كانت مدخولا بها اولا (قوله ولو قال انت طالق ثنتين فى ثنتين الخ) وان نوى معنى الواو او مع فعلى ما مر نهر من وقوع الثلاث اذا كانت مدخولا بها اذا نوى معنى الواو ومطلقا اذا نوى معنى مع ومنه تعلم ان التقييد بالدخول فى كلام الزيلعى والعينى والدرر انما هو فى الصورة الاخيرة وهى ما اذا نوى معنى الواو وهذا ما ظهر لى ثم رأيت التصريح بذلك فى كلام الشرنبلالية (قوله الى الشأم) بسكون الهمزة قاله الاتقانى وفى المصباح الشأم بهمزة ساكنة ويجوز تخفيفها (قوله وقال زفر بائنة) لانه وصف الطلاق بالطول كانه قال انت طالق طلقة طويلة ولو قال كذلك كان بائنا قلنا لا بل وصفه بالقصر لانه اذا وقع وقع فى الاماكن كلها ونفس الطلاق لا يحتمل القصر لانه ليس بجسم وقصر حكمه بكونه رجعيا درر فصريح كلامه يفيد انه اذا وصف الطلاق بالطول حقيقة يكون الواقع به بائنا عند زفر ويوافقه ما فى الدرر حيث قال بعد قول المتن ومن هنا الى الشأم واحدة رجعية ما لم يصفها بطول أو كبر اهـ لكن قال الزيلعى لا يقال انه لو صرح بالطول لا يكون بائنا عنده فكيف يمكن ايقاع البائن عنده بهذا القول لانا نقول الكناية أقوى من الصريح ولان قوله الى الشأم يفيد الطول والعرض فجاز ان تقع البينونة عنده بخلاف ما اذا وصفه بالطول وجاز ان يكون له روايتان اهـ قال فى العناية وهذا أقرب قال العينى وقيل ان قوله الى الشأم للمرأة دون الطلاق حتى لو قال تطليقة الى الشأم يكون بائنا (قوله أو فى مكة أو فى الدار الخ) كذا الظل أو الشمس أو ثوب كذا كقوله أنت طالق مريضة أو مصلية او وانت مريضة او وانت تصلين ويصدق فى الكل ديانة لا قضاء لو قال عنيت اذا دخلت او اذا لبست او اذا مرضت ونحو ذلك فيتعلق به كقوله الى سنة او الى راس الشهر او الشتاء تنوير وشرحه (قوله اى واقعة فى الحال) لان الطلاق لا اختصاص له بالمكان لانه وصف حكمى فيعتبر بالحقيقى زيلعى اى الحقيقى ما يختص بالمكان فكذا الحكمى شيخنا عن خط الزيلعى ولو ابدل ما من قوله اى الحقيقى ما يختص الخ بلا النافية لكان اولى (قوله واذا دخلت مكة تعليق) وكذا فى دخولك الدار أو فى لبسك ثوب كذا او فى صلاتك او نحو ذلك لان الظرف يشبه الشرط ولو قال لدخولك او لحيضك تنجز ولو بالباء تعلق وفى حيضك وهى حائض فحتى تحيض اخرى وفى حيضتك فحتى تحيض وتطهر وفى ثلاثة ايام تنجيز وفى مجئ ثلاثة ايام تعليق بمجئ الثالث سوى يوم حلفه لان الشرط يعتبر فى المستقبل ويوم القيامة لغو وقبله تنجيز وفى طالق تطليقة حسنة فى دخولك الدار ان رفع حسنة تنجز وان نصبها تعلق وسأل الكسائى محمدا عمن قال لامرأته

فان ترفقى يا هند فالرفق أيمن * وان تخرقى يا هند فالخرق أشأم
فانت طلاق والطلاق عزيمة * ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم

كم يقع فقال ان رفع ثلاثا فواحدة وان نصبها فثلاث در عن المغنى واعلم ان الاضافة ان كانت الى الموجود فانه تنجيز كقوله طالق فى الدار وان كانت الى معدوم فانه يتعلق كقوله فى دخولك بحر عن تلخيص الجامع ومقتضى القاعدة انه اذا قال لها انت طالق فى حيضك وهى حائض ان يتنجز مع ان المصرح به فى المحيط على ما نقل عنه فى البحر وقدمناه عن الدر انه لا يقع الا اذا حاضت اخرى وبه يظهر ان قواعد الفقه اغلبية لا كلية وفى قوله انت طالق الى الشتاء او الى راس الشهر ونحوه خلاف زفر حيث يقع فيهما عنده فى الحال كما فى الزيلعى لان الطلاق لا يحتمل التأجيل لانه اذا وقع فى وقت يقع فى الدهر كله ولنا ان الواقع لا يحتمل الاجل فاذا جعلنا اذا داخلة على الايقاع كان عملها فى تأخير الوقوع ولم يكن لغوا

(وان نوى) من واحدة فى ثنتين
(واحدة وثنتين) أى مع ثنتين (فثلاث)
طلقات تقع (و) لو قال انت طالق
(ثنتين فى ثنتين) تقع (ثنتان) وان
نوى الضرب والحساب وعند زفر تقع
الثلاث (و) لو قال انت طالق (من هنا
الى الشأم) تقع (واحدة رجعية) وقال
زفر بائنة (و) لو قال انت طالق (بمكة
أو فى مكة أو فى الدار تنجيز) أى واقعة
فى الحال وهو ضد التعليق (و) لو قال
انت طالق (اذا دخلت مكة تعليق)

فكأنه قال بعد شهر واستعمال كلمة مكان كلمة سائغ عند الكوفيين اه لكن قوله فاذا جعلناه اذا الخ لعله الى لعدم تقدم اذا والذى أوقعه فى هذا متابعة السروجى حيث عبر باذا لانه ذكر بدل قوله انت طالق الى راس الشهر انت طالق اذا جاء راس الشهر كذا ذكره الشلبى واجاب الشيخ شاهين عن الزيلعى بانه انما عبر باذا مع عدم ذكرها اشارة منه الى انه لا فرق بين التعبير باذا أو الى فى الحكم المذكور الواقع فيه الخلاف بيننا وبين زفر ويشهد لذلك عبارة السروجى المذكورة لتعبيره بكل من الى واذا وحينئذ فلا حاجة الى ان الاولى فى التعليل ذكر الى بدل اذا انتهى (قوله فلا تطلق مالم تدخل مكة) لوجود حقيقة التعليق ولو قال انت طالق فى دخول الدار أو فى لبسك ثوب كذا يتعلق بالفعل فلا تطلق حتى تفعل لان حرف فى للظرف والفعل لا يصلح ظرفا على معنى انه شاغل له فيحمل على معنى الشرط لمناسبة بين الشرط والظرف وهو ان كل واحد منهما للجمع فان المظروف يجامع الظرف ولا يوجد بدونه وكذا المشروط يجامع الشرط ولا يوجد بدونه والشرط يكون سابقا على المشروط وكذا الظرف يكون سابقا على المظروف فتقاربا فجازت الاستعارة زيلعى (خاتمة) التطليق بلغة الترك هل هو رجعى باعتبار القصد أو بائن باعتبار مدلول بوش أول لان معناها خالية أو خلية فليتأمل شرنبلالية وقال شيخنا مقتضى تصريحهم بان مرادف خلية من أى لغة كان كخلية ان يكون الواقع بائنا وتقدم من صاحب الدرر عن معراج الدراية ان الوقوع بلفظه لا بقصده وهذا يعين كون الواقع به بائنا ايضا فارادف ما يقع به البائن بائن وما رادف ما يقع به الصريح صريح من أى لغة كان اه يعنى ان وجد صريح الطلاق فى لغة الترك لما سبق عن الحموى من ان كلام المفتاح يقتضى ان ما عدا الفارسية والعربية لا يوجد فيه صريح الطلاق

(فصل فى اضافة الطلاق الى الزمان) وهو تأخير حكمه عن وقت التكلم الى زمان يذكر بعده بغير كلمة شرط عناية لكنه غير شامل لاضافته الى الزمن الماضى نحو أنت طالق امس وقد نكحها قبل امس مما يذكر فى هذا الفصل نهر وأقره الحموى وفيه نظر لان حكم الطلاق المضاف لامس مؤخر ايضا الا ترى انه حكم بوقوع الطلاق مقتصرا لا مستندا فدعوى عدم الشمول غير مسلمة (قوله اذا قال أنت طالق الخ) كان الصواب ان يقدر ان لانه لا يجوز حذف غيرها من ادوات الشرط حموى (قوله دين فى القضاء) أى صدق فى القضاء (قوله وقالا لا يصدق قضاء فيهما) لانه وصفها بالطلاق فى جميع الغد فتقع فى أول جزء منه فاذا نوى البعض فقد نوى التخصيص فى العام وفيه تخفيف عليه فلا يصدق وله ان كلمة فى للظرف والظرف لا يقتضى الاستيعاب بل اذا أشغل جزأ منه يكفى كما يقال قعدت فى المسجد ونحوه فاذا نوى البعض فقد نوى حقيقة كلامه فيصدق قضاء وان كان فيه تخفيف بخلاف قوله أنت طالق غدا فانه وصفها بالطلاق فى جميع الغد وهو الحقيقة فاذا نوى البعض فقد نوى التخصيص فى العام وهو مجاز فلا يصدق اذا كان فيه تخفيف ونظيره اذا قال لاصوم عمرى او فى عمرى او الدهر او فى الدهر بخلاف صمت يوم الجمعة او فى يوم الجمعة لان الصوم لا يتجزأ فى حق اليوم فاستوى فيه الحذف وعدمه زيلعى ولقائل ان يقول العام ما يتناول افرادا متفقة الحدود ولفظ الغد ليس كذلك وما يتوهم فيه من الاول والوسط والآخر فهو من اجزائه لا من أفراده وحينئذ لا تكون نية آخر النهار تخصيصا والجواب ان المراد به الحقيقة والمجاز فان اطلاق لفظ الجزء وارادة الكل مجاز لا محالة عناية ولو قال لامرأته فى وسط النهار انت طالق اول هذا اليوم وآخره فهى واحدة ولو قال آخر هذا اليوم واوله طلقت ثنتين لان الطلاق فى اول اليوم يكون واقعا فى آخره فلا يقع الا واحدا اما اذا بدأ بآخر اليوم يقع طلاقان لان الطلاق فى آخر اليوم لا يكون واقعا فى اوله وكذا لو قال انت طالق غدا واليوم يقع طلاقان ولو قال اليوم وغدا يقع واحدة ولو قال انت طالق اليوم وامس يقع طلاقان ولو قال امس واليوم يقع واحدة ولو قال انت طالق اليوم وبعد غد طلقت ثنتين فى قول ابى حنيفة وابى يوسف خانية ولو قال انت طالق لا كثير ولا قليل ذكر فى التجنيس والفتاوى والواقعات للحسام الشهيد أنه يقع واحدة هو المختار وفى الخلاصة لو قال انت طالق لا قليل ولا كثير يقع الثلاث هو المختار وقال الفقيه

مطلب التطليق بلغة الترك هل هو رجعى الخ

ولا تطلق مالم تدخل مكة *(فصل)* فى اضافة الطلاق الى الزمان اذا قال انت طالق غدا او فى غد تطلق عند الصبح (الصادق من الغد (ونية العصر تصح فى (الثانى) دون الاول بان قال انت طالق فى غد وقال نويت آخر النهار دين فى القضاء وأما لو قال انت طالق غدا وقال نويت آخر النهار لم يصدق فى القضاء وصحت النية فيما بينه وبين الله تعالى فيهما وقالا لا يصدق قضاء فيهما (وفى) قوله انت طالق (اليوم غدا او غدا اليوم

ابو جعفر يقع الثنتان وهو الاشبه ومثله فى البزازية شيخنا (قوله يعتبر الاول) لانه حين ذكر ثبت حكمه تنجيزا او تعليقا فلا يتغير بذكر الثانى لان المعلق لا يقبل التنجيز ولا المنجز يقبل التعليق زيلعى ولو عطف بالواو يقع فى الاول واحدة وفى الثانى ثنتان كقوله انت طالق بالليل والنهار او اول النهار وآخره وعكسه او اليوم وراس الشهر والاصل انه متى اضاف الطلاق لوقتين كائن ومستقبل بحرف عطف فان بدأ بالكائن اتحد وبالمستقبل تعدد وفى انت طالق اليوم واذا جاء غد او انت طالق لا بل غدا طلقت واحدة للحال وأخرى فى الغد در (قوله أنت طالق قبل أن أتزوجك الخ) وجه كونه لغوا أنه اضاف الطلاق الى وقت لم يكن مالكا له فيه فلغا كما اذا قال لها انت طالق قبل ان اخلق أو قبل أن تخلقى او طلقتك وانا صبى أو نائم أو مجنون وجنونه كان معهودا زيلعى بخلاف قوله انت حر قبل ان اشتريك أو أنت حر أمس وقد اشتراه اليوم فانه يعتق كما يعتق لو اقر بعتق عبد ثم اشتراه لاقراره بحريته ولو قال أنت طالق قبل موتى بشهرين أو اكثر ومات قبل مضى شهرين لم تطلق لانتفاء الشرط فان بعده طلقت لوجود الشرط ولا ميراث لها لان العدة قد تنقضى بشهرين بثلاث حيض درر عن التجريد بشرح الجامع الكبير وتبعه فى التنوير وشرحه وهو ضعيف وقد ذكر فى التجريد ما هو الصحيح فى هذه المسئلة بعد ورقتين وقد نبه على ذلك فى الشرنبلالية وان عدتها أبعد الاجلين ولها الميراث اه لكونه فارا وان عدتها مقتصرة على الموت لا مستندة على الصحيح انتهى ومعنى اعتدادها بابعد الاجلين انه ان مضى اربعة شهور وعشرة أيام قبل الحيض ثلاثا فلابد لانقضاء عدتها من تمام الحيض ثلاثا وان حاضت ثلاثا قبل مضى الاربعة شهور والعشرة فلابد لانقضاء العدة من تمام الاربعة شهور والعشرة ويعتبر ابتداء ذلك من وقت الموت وهذا معنى الاقتصار على الموت وعلى القول بالاستناد اذا حاضت فى الشهرين المضاف لهما الطلاق بقوله انت طالق قبل موتى بشهرين ثلاث حيض فقد انقضت عدتها لكنه ضعيف شيخنا (قوله وان نكحها قبل امس) ينظر حكم ما لو نكحها امس وقال لها اليوم انت طالق امس والظاهر انه لا يكون لغوا لانه اسنده الى حالة غير منافية وهو مفهوم من قول المصنف ونكحها اليوم حموى (قوله وبعده قال انت طالق) كان الصواب تأخيره بأن يقال وان نكحها قبل امس وبعده قال أنت طالق امس وقع الآن شيخنا (قوله وقع الآن) لانه لم يسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبارا لكذبه وعدم قدرته على الاسناد فكان انشاء والانشاء فى الماضى انشاء فى الحال نهر خلافا لما نقله السيد الحموى عن ابن الكمال حيث نظر فى الوقوع بامكان تصحيحه اخبارا عن كونها مطلقة بتطليق غيره اه قال فى الفتح وعلى هذه النكتة أى نكتة جعل الاسناد للماضى انشاء للحال حكم بعض المتأخرين من مشايخنا فى مسئلة الدور المنقولة عن متأخرى الشافعية وهى ان طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثا بوقوع الطلاق فتقع المنجزة وثنتان من المعلقة ولو طلقها ثنتين وقعتا وواحدة من المعلقة أو طلقها ثلاثا وقعن فينزل الطلاق المعلق لا يصادف اهلية فيلغو ولو قال ان طلقتك فأنت طالق قبله ثم طلقها واحدة وقع ثنتان المنجزة والمعلقة وقس على ذلك ثم القول بوقوع الطلاق فى مسئلة الدور اختاره فى فتح القدير وبه جزم فى القنية لكن الاكثر على انها لا تطلق بتنجيز طلاقها لانه لو تنجز وقع المعلق قبله ثلاثا ووقوع الثلاث سابقا على التنجيز يمنع المنجز والمعلق لان الايقاع فى الماضى ايقاع فى الحال فيكون بمنزلة من اوقع فى الحال الثلاث بعد تعليقه وتنجيز الثلاث يبطل تعليقه وذكر صاحب تنوير الابصار فى شرحه انه اذا حكم بصحة الدور وعدم وقوع الطلاق حاكم لا ينفذ حكمه ويجب التفريق لانه قول ظاهر البطلان فلا يعد خلافا (فرع) قال ان لم اطلقك اليوم ثلاثا فأنت طالق ثلاثا فحيلته ان يطلقها على الف ولا تقبل فان مضى اليوم لا تطلق به يفتى خانية لان التطليق المقيد يدخل تحت المطلق در (قوله وسكت طلقت) لانه اضاف الطلاق الى زمان خال عن التطليق وقد وجد حين سكت لان متى صريح فى الوقت لكونها من ظروف الزمان وأما ما فهى وان كانت مصدرية الا انها تأتى نائبة عن

يعتبر الاول) أى اول الوقتين اللذين تكلم بهما فيقع فى الاول فى اليوم وصار قوله غدا لغوا وفى الثانى يقع فى الغد وصار قوله اليوم لغوا (و) قوله لامرأته (أنت طالق قبل أن أتزوجك أو أمس ونكحها اليوم لغو) ولا يقع شئ (وان نكحها) قبل امس وقع الآن و) لو قال (أنت طالق (قبل) وبعده قال أنت طالق مالم أطلقك أو متى لم أطلقك أو متى مالم أطلقك وسكت طلقت

ظرف الزمان ومنه مادمت حيا وهى وان استعملت للشرط الا ان الوضع للوقت لان التطليق استدعى
الوقت لا محالة فترجحت جهة الوقت قال الزيلعى وهذا تحكم لان الطلاق يتعلق بالشرط أيضا فينبغى
أن يكون أولى كيلا يقع بالشك قال فى النهر وهذا بعد تسليمه خرق لاجماعهم (قوله وفى قوله انت
طالق ان لم اطلقك) هذه المسئلة ومابعدها من التعليق لا الاضافة فذكرها فيه انسب نهر واجاب السيد
الحموى بأنه ذكرها هنا لقصد التمييز بين حكم الاضافة والتعليق (قوله حتى يموت احدهما) لانه جعل
الشرط عدم طلاقها وان يتحقق ذلك الا باليأس وذلك فى آخر جزء من اجزاء حياتهما فتطلق قبيل الموت
بساعة وهذا يقتضى التسوية بين موته وموتها وهو الاصح وفيه انه قد يتحقق العجز عن الطلاق بغير
الموت كما اذا قبلت ابن زوجها بشهوة حموى عن البرجندى وهذا اذا لم يكن ثمة مايدل على الفور فان
كان طلقت غير مقيد بالموت ثم الدلالة قد تكون لفظية وقد تكون معنوية فمن الاول طلقنى طلقنى فقال
ان لم اطلقك فأنت كذا كان على الفور كما فى القنية ومن الثانى مالو طلب جماعها فأبت فقال ان
لم تدخلى البيت فأنت كذا فدخلته بعدما سكنت شهوته طلقت والبول لا يقطعه اى الفور وينبغى
أن يكون التطيب ونحوه وكل ما كان من دواعى الجماع كذلك وفى الصلاة خلاف نهر واعلم ان المراد
بالبول بولها لا بوله حتى لو لم تدخل الا بعدما بال فانها تطلق لانه لا يكون الا بعد سكون شهوته (قوله
وعندهما كما سكت يقع الخ) لان اذا كمتى عندهما وعنده كان لانها تستعمل للشرط لا يقال اذا ترددت
كان الاحتياط فى الوقوع تغليبا لجانب الحرمة لانا نقول ترجح بالاصل وهو انها فى عصمته بيقين فلا
تطلق بالاحتمال زيلعى (قوله وان دخل بها فلها الميراث) وان كان الطلاق ثلاثا كما هو حكم امرأة
الفار حموى وصحح فى الهداية ان موتها كموته ولا يرد عليه مالو قال ان لم ادخل الدار فأنت طالق حيث
يقع بموته لا بموتها لانه يمكنه الدخول بعد موتها فلا يتحقق اليأس بموتها فلا يقع الطلاق اما الطلاق فانه
يتحقق اليأس عنه بموتها لعدم المحلية واذا حكمنا بوقوعه قبيل موتها لا يرث منها الزوج لانها بانت قبل
الموت فلم يبق بينهما زوجية حال الموت وانما حكمنا بالبينونة وان كان المعلق صريحا لانتفاء العدة
كغير المدخول بها لان الغرض ان الوقوع بالموت وان كان قبيله وقد ظهر ان عدم ارثه منها مطلق سواء
كان مدخولا بها اولا ثلاثا أو واحدة وبه تبين ان تقييد الزيلعى عدمه بعدم الدخول أو الثلاث غير صحيح
والحاصل ان ارثها منه مشروط بالدخول واما هو فلا يرث منها مطلقا مدخولا بها أولا وما فى الزيلعى
سهو بحر ونهر (قوله واما اذا نوى الشرط يقع فى آخر العمر) تعقبه الكمال بأنه يجب على قولهما اذا
أراد باذا معنى ان أن لا يصدقه القاضى حينئذ اذ ارادة الشرط خلاف الظاهر وفيه تخفيف عليه (قوله اذا
قال ذلك موصولا) فلو فصله طلقت ثنتين بالاتفاق (قوله وهو قول زفر) لانه اضاف الطلاق الى
زمان خال عن التطليق وقد وجد ذلك وان كان قليلا وهو زمان اشتغاله بالطلاق قبل ان يفرغ منه وجه
الاستحسان ان زمان البر غير داخل فى اليمين وهو المقصود به ولا يمكن تحقيقه الا باخراج ذلك القدر عن
اليمين واصل الخلاف فيمن حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه زيلعى لا يحنث اذا نزعه للحال عقب اليمين
عندهم وحنث عند زفر شيخنا (قوله بخلاف الامر باليد) والفرق ان مظروف اليوم ان كان مما لا يمتد
أى لا يصح ضرب المدة له كالطلاق والعتاق والتزويج والدخول والقدوم يراد باليوم معناه المجازى
اعنى مطلق الوقت ومنه وآتوا حقه يوم حصاده وقال تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والتولى عن الزحف
حرام مطلقا وان كان مما يمتد أى يصح ضرب المدة له كالسير والصوم وتخيير المرأة وتفويض الطلاق
يراد به المعنى الحقيقى وهو بياض النهار نهر وذكر البرجندى ان اليوم يطلق على معنيين احدهما
النهار وهو من طلوع الصبح الصادق الى غروب جرم الشمس شرعا ومن طلوع جرم الشمس الى غروبه عرفا
وهو معناه الحقيقى وثانيهما مطلق الوقت وهو معناه المجازى واذا اطلق اليوم يتبادر منه المعنى الاول
فالنهار زمان ممتد لا محالة واما مطلق الوقت فيشمل الآن أى القطعة من الزمن الذى لا امتداد له أصلا

وفى) قوله أنت طالق (ان لم اطلقك
أو اذا لم أطلقك أو اذا ما لم أطلقك
تطلق (حتى يموت أحدهما)
لا) عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى
وعندهما كما سكت يقع فى اذا ثم اذا
مات الزوج يقع الطلاق عليها قبيل
موته بساعة فان لم يدخل بها فلا ميراث
لها وان دخل بها فلها الميراث وهذا
الخلاف فيما اذا لم يكن له نية أما اذا
نوى الوقت فيقع فى الحال ولو نوى
الشرط يقع فى آخر العمر (و) لو قال (انت
طالق ما لم اطلقك أنت طالق طلقت
هذه الطلقة) أى الطلقة الثانية بقوله
أنت طالق اذا قال ذلك موصولا به
والقياس أن يقع المضاف فيقعان
ان كانت موطوءة وهو قول زفر (و) لو
قال (انت كذا) أى طالق (يوم
أتزوجك فنكحها ليلا حنث) وطلقت
(بخلاف الامر باليد) بان قال أمرك
بيدك يوم يقدم

حموى وقيل ما بين طلوع الفجر الى طلوع الشمس ليس من اليوم ولا من النهار ولا من الليل زيلعى (قوله
فقدم نهارا ولم تعلم الخ) عدل عما هو الظاهر من قوله فقدم ليلا ليعلم الحكم فيه بالاولى ولو عبر به لم يعلم
حكم ما لو قدم نهارا ولم تعلم حتى خرج اليوم (قوله وقال الشافعى يقع الطلاق اذا نوى) لانه شرع لازالة
النكاح وهو قائم بهما جميعا وبه قال مالك واحمد ولنا انه شرع لازالة القيد والقيد عليها لا عليه يعنى
وعلى هذا الخلاف اذا ملكها الطلاق فطلقته والحجة عليه ما ورد عن ابن عباس فى امرأة جعل زوجها
أمرها بيدها فى الطلاق الثلاث فقالت انت طالق ثلاثا فقال ابن عباس خطا الله نوءها لو قالت انا
طالق ثلاثا لكان كما قالت زيلعى وخطأ الله نوءها بمعنى جعل الله نوءها مخطئا لها لا يصيبها مطره يقال لمن
طلب حاجة فلم ينجح اخطأ نوءك كما فى نهاية ابن الاثير والنوء اسم نجم فى السماء تعتقده العرب شيخنا (قوله
ونوى الطلاق الخ) واما ما سيأتى آخر الظهار من ان الحرام لا يحتاج الى نية فذاك اذا أضاف الحرمة اليها
حموى ولو قال أنا بائن ولم يقل منك أو حرام ولم يقل عليك لم تطلق وان نوى بحر بخلاف ما اذا قال أنت بائن
أو حرام ولم يزد حيث تطلق اذا نوى زيلعى وقوله اذا نوى فيه نظر لانه يعكر عليه ما ذكره هو حيث قال
والفرق ان البينونة أو الحرام اذا كان مضافا اليها تعين لازالة ما بينهما من الوصلة والحل فهذا يقتضى
عدم توقف الوقوع على النية لوجود الاضافة اليها وبه صرح الحموى حيث قال اذا أضاف الحرمة اليها
لا يحتاج الى نية اه بخلاف الاضافة اليه حيث لا يتعين لجواز أن يكون له امرأة اخرى فيريدها بقوله
انا بائن منها أو حرام عليها ومنه تعلم ما وقع فى العينى من الخلل حيث قال ولو قال انا بائن أو حرام ولم يزد
عليه تطلق اذا نوى لاحتمال ان يكون له امرأة أخرى فيريدها بذلك انتهى فصواب قوله تطلق
اذا نوى لا تطلق وان نوى (قوله أنت طالق واحدة أولا الخ) اما انه يلغو فى الاولى فلان الشك داخل
فى الايقاع وأما فى الثانية والثالثة فلانه اضافه الى حالة منافية له لان موته ينافى الاهلية وموتها
ينافى المحلية قال ابن الكمال وفيه نظر لان المقارن لموته وقوع الطلاق وفيه جوزوا تأخيره عن
الايقاع فيجوز أن يكون الايقاع فى آخر جزء من حياته ويكون الوقوع عند موته حموى (قوله
يقع واحدة رجعية) لانه ادخل الشك فى الواحدة فبقى قوله انت طالق سالما عن الشك ولهما ان
الوصف متى قرن بالمصدر أو نعته كان الوقوع به لا بالوصف فكان الشك داخلا فى الايقاع زيلعى
(قوله ولو ملكها الخ) ينبغى تقييد الملك بالمستقر كيلا يرد ما فى وكالة الاقطع لو تزوج امة ثم تزوج حرة على
رقبة الامة بأن جعل رقبة الامة مهرا للحرة وأجاز ذلك مولاها فانه يجوز وتصير الامة مهرا للحرة
ولا ينفسخ النكاح بينها وبين الزوج وان كان الملك ينتقل الى الزوج أولا ثم ينتقل منه الى الحرة لان
انتقاله غير مستقر اه وكذا ينبغى تقييده بالحر ليخرج المكاتب والمدبر والمأذون كما فى الخانية
والجوهرة كذا ذكره الشيخ يحيى الشهاوى واقول هذا غير وارد على كلام المصنف اما عدم ورود ملك
المكاتب ونحوه فلانه لا ملك لهم حقيقة وانما لهم حق الملك وهو لا يمنع بقاء النكاح كما ذكره الزيلعى واما
عدم ورود الاول فلان الملك متى اطلق انصرف الى حقيقته الكاملة أعنى ما يكون مستقرا فلا يرد
ما لو تزوج حرة على رقبة زوجته الامة لكون الملك غير مستقر ثم التقييد بالحرة فى كلام الاقطع اتفاقى
حتى لو تزوج أمة على رقبة زوجته الامة كان الحكم كذلك بأن كان تحته أمة ثم تزوج أمة على رقبة
زوجته الامة وأجاز المولى ذلك حتى صارت ملكا لسيد الامة الثانية لا ينفسخ النكاح أيضا وان كان
الملك يثبت للزوج أولا لعدم استقراره (تنبيه) اذا ملك الرجل زوجته بعد ما ولدت منه بطل النكاح
وصارت أم ولد له فلا يجوز بيعها وتعتق بموته بخلاف المرأة اذا ملكت زوجها بعد ما ولدت منه فانه يجوز
لها بيعه ولا يعتق بموتها حموى عن شرح ابن الشلبى معزيا للزيلعى أول الاستيلاد (قوله أو شقصها)
بكسر الشين حموى (قوله بطل العقد) أى انفسخ للمنافاة بين الملكين اما فى ملكه اياها فلان اثبات
الملك على الحرة للحاجة الى ابقاء النسل فكان ملك النكاح فى الاصل مع المنافى وهى حرية المملوكة

فلان فقدم نهارا ولم تعلم بقدومه
حتى جن الليل فلا اختيار لها (و) قوله
(أنا منك طالق لغو) فلا يقع شئ
(وان نوى) الطلاق وقال الشافعى يقع
الطلاق اذا نوى (وتبين فى البائن
والحرام) أى لو قال أنا منك بائن أو
عليك حرام ونوى الطلاق يقع الطلاق
قيدنا به لانه اذا لم تكن له نية لا يقع
شئ (و) قوله (أنت طالق) طلقة
(واحدة أولا أو مع موتى أو مع موتك
لغو) فلا يقع شئ وقال محمد وهو قول
أبى يوسف أولا تقع واحدة رجعية فى
الصورة الاولى (ولو ملكها) كلها
(أو شقصها) أى بعضها (أو ملكته
كله (أو شقصه بطل العقد فلو اشتراها)
أى لو اشترى الزوج منكوحته
(وطلقها)

للضرورة وقداندفعت بقيام ملك اليمين وأمافى مالكها اياه فللاجتماع بين المالكية والملوكية لايقال الحل لايثبت بالشقص لانا نقول ملك اليمين دليل الحل فقام مقام الحل تيسيرا زيلعى (قوله لم يقع) لوقال لايقع لكان أولى لان المقصود نفى وقوع الطلاق فى المستقبل لافيما مضى والنفى بلم لايفيد ذلك حموى وجه عدم الوقوع ان الطلاق فرع قيام النكاح ولا وجود له مع المنافى لامن وجه ولامن كل وجه ولوقال فلوطلقها تفريعا على مالوملكها اوملكته لكان اولى لانه لافرق فى ظاهر الرواية عن الثلاثة بينهما نهر وقوله ولا وجود له مع المنافى لامن وجه فيما اذاملك شقصها ولامن كل وجه فيما اذاملكها كلها شيخنا (قوله وتجب العدة اتفاقا) اذا أراد تزوجها حتى لوزوجها قبل العدة الاصح انه لايجوز فعلم بهذا انها لاتجب العدة عليها فى حق من اشتراها وفى غيره روايتان كذا فى الكافى وعن هذا قلنا لواعتقها بعدماملكها ثم طلقها وهى فى العدة وقع لزوال المانع وهوملكها نهر (قوله وعن محمد انه يقع) لان العدة واجبة هنا وقيام العقد من وجه يكفى لوقوع الطلاق عليها بخلاف ما اذاملكها هولانه لاعدة عليها هنالك حتى حل وطؤها قلنا العدة واجبة هنالك ايضا حتى لايجوز له أن يزوجها من غيره حتى تنقضى عدتها ولواعتقها ظهرت العدة وانما لم تظهر بالنسبة اليه لحل وطئها له بملك اليمين فتبين ان هذا الفرق غير صحيح عينى ومنه تعلم مافى كلام الشارح من الايهام ولهذا قال الحموى ظاهر قوله وعن محمد الخ انه يقع فى صورة ما اذا اشتراها وليس كذلك بل فى صورة ما اذاملكته كما فى الزيلعى (قوله له الرجعة) لانه علق التطليق بالاعتاق غيرانه عبرعنه بالعتق مجازا من استعارة الحكم للعلة والمعلق يوجد بعد الشرط فتطلق وهى حرة لان الشرط مايكون معدوما على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة ومافى الهداية من انه علقه بالعتق أيضا الا ان لفظ العتق ينتظمهما فمشكل لانه لازم وانما يعمل فى المفعول اعنى لفظ اياك المتعدى كذا فى كافى المصنف وهومبنى على انه مصدر وجوابه ان عمله فيه على اعتبار كونه اسم مصدر كاعجبنى كلام زيدا وعبارة الوقاية مع عتق سيدك لك قال بعض المتأخرين انما قال لك دون اياك كيلا يتعين المعنى المجازى للعتق وهو الاعتاق فان المراد تصوير المسئلة على وجه ينتظم المعنيين لعدم الفرق فى الجواب واقول فيه نظر لان العتق حيث اضيف الى السيد تعين ان يكون بمعنى الاعتاق لانه هو الموجد له واما العتق فوصف قائم بالمعتق بفتح التاء لاتصح اضافته الى السيد نعم مع عتقك يصح ان يكون بمعنى اعتاقك فيكون مضافا الى مفعوله وان يبقى على بابه فيكون مضافا الى فاعله ليشمل مالو اشترى من يعتق عليه حيث يقع الطلاق ويملك الرجعة ولوعبر وابه لكان اولى نهر وقوله لانه علق التطليق بالاعتاق فيه انه لاتعليق فى هذه المسئلة وقوله ينتظم المعنيين اى على طريق البدل لا الشمول لاستحالة اجتماع الحقيقة والمجاز مرادين كذا يستفاد من شرح ابن الحلبى وقوله وان يبقى على بابه فيكون مضافا الى فاعله يعنى وعليه فالمعنى مع اتصافك بالعتق او قيام العتق بك كعتق زيد اى قام به العتق وقوله ولوعبروابه لكان أولى فيه نظر فان الكاف لاتكون فى محل رفع حتى يكون العتق مضافا لفاعله فهو فى هذه بمعنى الاعتاق لاغير والكاف مفعول وحينئذ فهو مساو لعبارتهم المذكورة ولا اولوية كما هو ظاهر فتأمل وجه التأمل أن قول النحاة الكاف لاتكون فى محل رفع يعنى فقط اماهنا فليست فى محل رفع فقط بل فى محل جر بالاضافة ومحل رفع بالفاعلية حموى ومنه يعلم سقوط مااعترض به بعضهم عليه فان قلت كلمة مع للقران فكيف يتصور هذا اى كون الزوج مطلقا وهى حرة قلت قدتجىء للتأخير كما فى قوله تعالى ان مع العسر يسرا اى بعده عينى وعبارة السيد الحموى ومع هنا للتأخير تنزيلا له منزلة المقارن لتحقق وقوعه لا للمقارنة كما هو الاستعمال الكثير الشائع فسقط ماقيل ان كلمة مع للقران فيكون منافيا لمعنى الشرط اه فان قيل على ماذكرتم ينبغى ان يصح قوله لاجنبية انت طالق مع نكاحك على معنى ان تزوجتك والحكم انه لايصح ولايقع الطلاق اذا تزوجها قلنا انما تركنا الحقيقة فيما نحن فيه باعتبار ان الزوج مالك للطلاق تنجيزا وتعليقا وتصرفه نافذ فلزم

لم يقع شئ) دخل بها أو لم يدخل بها
وتجب العدة اتفاقا وعن محمد انه
يقع (و) لو قال لامرأته وهى أمة غيره
(أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك
فاعتق) المولى (له الرجعة

من

من صحته تعلقه بها واما الاجنبى فلا يملك الطلاق تنجيزا ولا تعليقا ولكن يملك اليمين فان صح التركيب بذكر حروفه بان قال ان تزوجتك فأنت طالق صح ضرورة صحة اليمين زيلعى (قوله ولو تعلق عتقها وطلاقها بمجىء الغد) بأن قال لها مولاها اذا جاء غد فأنت حرة وقال زوجها اذا جاء غد فأنت طالق ثنتين (قوله لايكون له الرجعة عندهما) لانهما تعلقا بشرط واحد ثم العتق يصادفها وهى امة فكذا الطلقتان فتحرم بهما حرمة غليظة لان زمان ثبوت العتق هو زمان ثبوت الطلاق ضرورة تعلقهما بشرط واحد زيلعى (قوله وعند محمد له الرجعة) لان العتق اسرع وقوعا لكونه رجوعا الى الحالة الاصلية وهو أمر مستحسن بخلاف الطلاق فانه أبغض المباحات ذرر وايضاحه ان العتق والطلاق وان كانا يقترنان مع علتهما ويتعاقبان على اختلاف المذهبين لكن حكم التطليقتين يتأخر عن حكم الاعتاق فى الوجود لكون الطلاق محظورا والاعتاق مندوبا اليه شرعا كما فى البيع اذا كان صحيحا يفيد الحكم وهو الملك للحال وان كان فاسدا يتأخر الى وجود القبض لكونه محظورا لكن هذا التوجيه خلاف ماهو المعتمد والحاصل أن لتخريج قول محمد خمسة أوجه ذكرها الزيلعى منها الوجه الرابع قال وهو معتمده هو أنهما لما تعلقا بشرط واحد وجب ان تطلق زمن نزول الحرية فصادفها وهى حرة لاقترانهما وجودا فلا تحرم بهما حرمة غليظة اه ولما كان هذا هو المعتمد اقتصر عليه فى النهر وقول الزيلعى على اختلاف المذهبين يشير الى ما أصله من ان العلة والمعلول يقترنان عند الجمهور كالاستطاعة مع الفعل وعند البعض يتعاقبان لان العلل الشرعية لها بقاء لانها فى حكم الاعيان والاصل تقدم المؤثر على الاثر فامكن ذلك فيها فيه اراله فيها بخلاف الاستطاعة مع الفعل لانها عرض فلو تقدمت كان الفعل بلا استطاعة وهو محال وقوله لان العلل الشرعية الخ يشير الى مافى النهر عن المولى سعد الدين من ان الخلاف فى العلل الشرعية ونصه وافاد المولى سعد الدين انه لانزاع فى تقدم العلة على المعلول بمعنى احتياجه اليها ولا فى مقارنة العلة العقلية لمعلولها بالزمان كيلا يلزم التخلف والخلاف فى العلل الشرعية اه وقوله ولا فى مقارنة العلة العقلية لمعلولها بالزمان كتحريك الخاتم بتحريك الاصبع شيخنا واعلم ان ماذكره سعد الدين من قصر الخلاف على العلل الشرعية مخالف لما نقله فى النهر اولا عن الفتح حيث قال والذى نختاره التعقيب فى العلل الشرعية والعقلية حتى ان الانكسار يعقب الكسر فى الخارج الخ (قوله وعدتها ثلاث حيض بالاتفاق) للاحتياط ولو كان الزوج مريضا لاترث منه لانه حين تكلم بالطلاق لم يقصد الفرار اذلم يكن لها حق فى ماله ومافى النهر وتبعه الحموى من قوله ومقتضى مامر عن محمد أن ترث فيه نظر ظاهر اذ وقوع الطلاق وان كان يتأخر عن زمن وقوع العتق عند محمد للمعنى الذى قدمناه لكن لم تكن لها اهلية الارث وقت التكلم بالطلاق فلم يوجد شرط ارثها منه وهو قصد الفرار ولهذا والله اعلم لم يتابعه عليه فى الدر اللهم الا ان يحمل على ما اذا وجد تعليق الزوج الطلاق فى مرضه بعد علمه بحصول تعليق المولى حريتها على مجىء الغد فيتجه ماذكره حينئذ فتأمل (قوله بثلاث اصابع) جمع اصبع مثلث الهمزة والباء والعاشرة أصبوع كعصفور الا ان المشهور منها كسر الهمزة وفتح الباء نهر والاصبع مؤنثة وكذا سائر اسمائها كالخنصر والبنصر كذا فى المصباح وفى كلام ابن فارس مايدل على تذكير الاصبع وقال الصيرفى يذكر ويؤنث والغالب التأنيث بحر (قوله فهى ثلاث) لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد عرفا وشرعا اذا اقترنت بالاسم المبهم قال عليه السلام الشهر هكذا وهكذا وهكذا واشار باصابعه العشرة يعنى ثلاثين يوما ثم قال الشهر هكذا وهكذا وهكذا وخنس ابهامه فى الثالثة يعنى تسعة وعشرين يوما ولو اشار بالواحدة طلقت واحدة ولو اشار بالثنتين طلقت ثنتين والاشارة تقع بالمنشورة منها دون المضمومة ومافى الدرر من انه اذا اشار ببطن الاصبع فالعبرة لعدد المنشورة وان بظهره فلعدد المضمومة ضعيف والمعتبر المنشور مطلقا للعرف وللسنة وتعقبه بانه شرنبلالية عن التبيين وغيره بيانه انه عليه السلام لما خنس ابهامه فى المرة الثالثة فهم منه تسعة وعشرون يوما ولو اعتبرت المضمومة لكان المفهوم احدا وعشرين يوما

ولو تعلق عتقها وطلاقها بمجئ
الغد فجاء الغد (لا) يكون له الرجعة
عندهما وعند محمد له الرجعة (وعدتها
ثلاث حيض) بالاجماع ولو قال
(أنت طالق هكذا وأشار بثلاث
أصابع فهى ثلاث) طلقات وانما قيد
بهكذا لانه اذا أشار بأصابعه

كذا بخط الشلبي وفيه نظر لان استدلاله بالحديث انما يتم ان لو وقعت الاشارة منه عليه السلام بظهر اصابعه وعن هذا والله اعلم جرى فى التنوير على مافى الدرر وأقره فى الدر معللا بالعرف قال ولو كان رؤسها نحو المخاطب فان نشر عن ضم فالعبرة للنشر وان ضم عن نشر فللضم اه ابن الكمال (قوله ولم يقل هكذا فهى واحدة) لان الاشارة تفسير للعدد المبهم ولم يوجد فلغت فيكون العامل فيه قوله أنت طالق وهو لا يحتمل العدد زيلعى ومقتضاه وقوع الواحدة وان نوى الثلاث وهو كذلك والمعتمد فى الاشارة بالكف نشر كل الاصابع ونقل القهستانى انه يصدق قضاء بنية الاشارة بالكف وهى واحدة (قوله ولو قال أنت طالق بائن أو البتة) شروع فى بيان وقوع البائن بوصف الطلاق بما ينبئ عن الشدة والزيادة والبت مصدر بت أمره اذا قطع به وجزم نهر ولو نوى بطالق واحدة وبنحو بائن أخرى يقع ثنتان بائنتان ولو عطف فقال وبائن أو ثم بائن ولم ينو شيئا فرجعية ولو بالفاء فبائنة در عن الذخيرة (قوله أفحش الطلاق) أراد به كل وصف على أفعل مرادا به أصله كأخبثه أو أسوئه أو أشره أو أخشنه أو أطوله أو اعظمه أو اكبره بالموحدة لان الطلاق انما يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره وهو البينونة فى الحال ولو قال أجمل الطلاق أو احسنه أو أكمله أو اعدله وقعت رجعية الا ان ينوى ثلاثا نهر وقوله أو اكبره بالموحدة يحترز به عما لو قال اكثره بالمثناة من فوق فانه يقع به الثلاث ولا يدين فى ارادة الواحدة كما لو قال أكثر الطلاق أو أنت طالق مرارا تنوير وشرحه فان قيل ينبغى ان يقع بهذه الالفاظ ثلاث من غير نية لان أفعل للتفضيل وبقوله شديدة ونحوه يقع واحدة فوجب ان يزيد على ذلك أجيب بان أفعل يراد به الوصف قال تعالى وهو أهون عليه أى هين وقال تعالى وبعولتهن أحق بردهن أى حقيق فلا يحمل على الثلاث بالاحتمال والاعتبار للظاهر نوح أفندى (قوله أو كالف) أى فى القوة والحاصل ان الوصف بما ينبئ عن الزيادة يوجب البينونة وكذا التشبيه أى شئ كان المشبه به كرأس ابرة وكحبة خردل وكسمسمة لاقتضاء التشبيه الزيادة واشترط أبو يوسف ذكر العظم مطلقا وزفر أن يكون عظيما عند الناس فبرأس ابرة بائن عند الامام فقط بحر وفيه كلام يعلم بمراجعة النهر (قوله ان لم ينو ثلاثا) الا مرانها اتمام الجنس فيحتملها اللفظ فيحمل عليها بالنية درر واعلم ان هذه الجملة أعنى قوله ان لم ينو ثلاثا شرطية لا تحتاج الى جواب وهى فى موضع الحال والتقدير فهى واحدة بائنة فى حال عدم نية الثلاث وهذا فى الحرة وفى الامة الثنتان بمنزلة الثلاث حموى (قوله وقال الشافعى ان دخل الخ) أى وكان بغير بدل لانها حكم الطلاق بعد الدخول فلا يملك تبديله كما اذا قال لها أنت طالق على ان لا رجعة لى عليك ولنا انه وصف الطلاق بما يحتمله لفظه وهو البينونة الا ترى ان البينونة تثبت للحال قبل الدخول وبعده عند ذكر المال أو بعد انقضاء العدة لان الطلاق فى الاصل هو الموجب للبينونة لانه شرع لرفع النكاح وقطعه ولا تأثير لمضى المدة فيها لكن الشرع ورد بالتأخير الى انقضاء العدة فى صريح الطلاق اذا لم يكن موصوفا بالبينونة فبقى ماوراءه على أصل القياس زيلعى (قوله لا يكون بائنا الا بالنية) لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع فى حالة الحيض فلا بد من النية وكذا عن محمد يكون رجعيا أيضا فى طلاق الشيطان وأما أبو يوسف فليس له اختلاف رواية فى طلاق الشيطان كما يستفاد من كلام الزيلعى ونصه وعن أبى يوسف انه اذا قال طلاق البدعة لا يكون بائنا الا بالنية وعن محمد انه اذا قال طلاق البدعة أو طلاق الشيطان يكون رجعيا لما ذكرنا لابى يوسف انتهى فما زيد على كلام الشارح من قول بعضهم ومثله طلاق الشيطان يوهم ان المثلية بالنسبة للرواية التى حكاها الشارح عن أبى يوسف ومحمد وليس كذلك (قوله وقال أبو يوسف الخ) وكذا مثل الجبل لانه شئ واحد فكان تشبيها له فى توحده زيلعى (قوله يقع الثلاث عند عدم النية) لانه عدد فيراد به التشبيه فى العدد ظاهرا فصار كقوله كعدد ألف وعن محمد انه لو قال أنت طالق كالنجوم يقع واحدة وكعدد النجوم ثلاث والفرق ان الالف موضوع للعدد فيكون التشبيه به للكثرة بخلاف النجوم لانه يحتمل التشبيه فى الضياء والنور زيلعى (فروع) كل التطليقة واحدة وكل تطليقة ثلاث وعدد التراب واحدة

وز يقل هكذا فهى واحدة (و) لو قال (أنت طالق بائن أو) قال انت طالق (أفحش البتة او) قال انت طالق (الطلاق او طلاق الشيطان او) قال (أو البدعة او كالجبل انت طالق طلاق) اوكالف أو ملء البيت او اشد الطلاق او طويلة او عريضة او تطليقة شديدة او طويلة (ان لم ينو ثلاثا) مطلقا فهى واحدة بائنة سواء دخل بها أولم يدخل وسواء نوى مادونه اولم ينو وقال الشافعى ان دخل بها تقع واحدة رجعية فى الفصول كلها وعن محمد فى قوله طلاق الشيطان يكون رجعيا ولا تثبت البينونة الا بالنية وعن أبى يوسف ومحمد فى قوله انت طالق طلاق البدعة لا يكون بائنا الا بالنية وقال أبو يوسف فى قوله طالق كالجبل يكون رجعيا وعن محمد فى قوله كالف انه يقع الثلاث عند عدم النية وعن أبى يوسف فى قوله طويلة أو عريضة تقع رجعية

وعدد

وعدد الرمل ثلاث وعدد شعر ابليس أو عدد شعر بطن كفى واحدة وعدد شعر ظهر كفى أو ساقك أو ساقى أو فرجك أو عدد مافى هذا الحوض من السمك وقع بعدده ان وجد والا لا در ومقتضاه عدم الوقوع حتى فى مسئلة الحوض ان لم يوجد فيه سمك وليس كذلك بل يقع واحدة كما فى البحر والنهر (قوله وان نوى الثلاث فى هذه الفصول صحت نيته) الا فى شديدة أو طويلة أو عريضة ففى هذه الثلاث لا تصح نيتها لعدم احتمال اللفظ لها فتح ونهر عن السرخسى قال وهو الصحيح وعلله العلامة نوح أفندى بانه نص على التطليقة وانها تتناول الواحدة لان النية انما تصح فى المحتمل والتاء موضوعة للوحدة فلا تحتمل نية الثلاث اه بتصرف (فروع) علم انه حلف ولم يدر بطلاق او غيره لغا كما لو شك أطلق أم لا ولو شك أطلق واحدة أو أكثر بنى على الاقل وفى الدر عن الجوهرة طلق المنكوحة فاسدا ثلاثا له تزوجها بلا محلل ولم يحك خلافا وقد كنت استشكلت البناء على الاقل لانه مخالف لمقتضى قولهم ان الفروج يحتاط فيها وكذا استشكلت عدم تقييد المسئلة بالتحرى ثم رأيت بخط السيد الحموى عن فتاوى قاضيخان مانصه رجل حلف بطلاق وحنث فى يمينه ولا يدرى انه حلف بواحدة او ثلاث قال ابو يوسف يتحرى فى ذلك و يعمل بما وقع عليه التحرى واذا استوى ظنه يؤخذ بالاكثر احتياطا انتهى (تتمة) قال لزوجته وأجنبية احداكما طالق فالقول له مع يمينه انه لم يرد امرأته لان قوله انت طالق اخبار عن كونها فارغة خالية عن قيده بالنكاح حقيقة وهو صادق فى هذا الاخبار لان الاجنبية خارجة عن قيده فلا ضرورة الى جعله ايقاعا بخلاف ما لو قال طلقت احداكما حيث يقع على امرأته لانه ايقاع ظاهر شرح ابن الحلبى عن المحيط وفى الحسامية رجل له أربع نسوة فقال انت ثم أنت ثم أنت طالق طلقت الرابعة لا غير اه قال الحموى وينبغى أن يفصل بين نية الخبر فى السابق وعدمه اه

(فصل) فى الطلاق قبل الدخول (قوله طلق غير الموطوءة الخ) أراد بالوطء المنفى مايعم الحقيقى والحكمى شيخنا وسيأتى مايوضحه (قوله وقعن) لان قوله أنت طالق ثلاثا ايقاع لمصدر محذوف تقديره طلاقا ثلاثا فيقعن جملة وليس قوله أنت طالق ايقاعا على حدة كذا فى الاختيار أقول يظهر به ان مانقل عن المشكلات انه ان طلق امرأته ثلاثا قبل الدخول لا يقع لان الآية نزلت فى حق الموطوءة باطل محض منشأه الغفلة عن القاعدة المقررة فى الاصول من أن خصوص سبب النزول غير معتبر عندنا خلافا للشافعى درر ثم المراد بالآية قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره (قوله وعند الحسن البصرى الخ) خلاف ماعليه الجمهور كعلى وابن مسعود على ان الامام محمدا قال وبلغنا ذلك يعنى وقوع الثلاث عنه عليه السلام وجه مذهب الحسن انها تبين بقوله أنت طالق لا الى عدة وقوله ثلاثا يصادفها وهى أجنبية ولنا انه متى ذكر العدد كان الوقوع بالعدد (قوله وان فرق الخ) ومن التفريق مافى الظهيرية انت طالق ثلاثا متفرقات وبهذا التقرير ظهر ان عطف قوله وان فرق على ماقبله من عطف المباين لا من عطف الخاص على العام كما ذكره صاحب النهر حموى ثم اعلم ان اطلاق قوله وان فرق الخ صادق بما اذا كان بغير حرف عطف لكن رأيت بخط السيد الحموى مانصه ذكر فى الذخيرة نقلا عن الفضلى انه لو قال بغير حرف يقع الثلاث وان لم ينو العطف يقع واحدة ومن ثم قيد صدر الشريعة فى النقاية بالعطف وفى الفتاوى الظهيرية متى كرر لفظ الطلاق بحرف الواو او بغير حرف الواو يتعدد الطلاق فى المدخول بها وان عنى بالثانى الاول صدق ديانة لا قضاء كذا يستفاد من شرح البرجندى اه فلا يكون ماسيأتى من قوله بانت بواحدة على عمومه بل يحمل على ما اذا كان بحرف العطف أو كان بدون حرف العطف ونوى العطف اذ ماسبق عن الفضلى من انه لو قال بغير حرف يقع الثلاث معناه ان نوى العطف بدليل قوله وان لم ينو العطف يقع واحدة فتدبر (قوله بأن قال أنت طالق ثلاث مرات) فى التصوير قصور حموى وجه القصور ان التعبير بباء التصوير يقتضى ان تفريق الطلاق منحصر فيما استفيد من قوله بأن قال انت طالق ثلاث مرات وهو أنت طالق طالق طالق أو أنت طالق أنت طالق أنت طالق لان ثلاث مرات يجوز أن يعتبر قيدا

قوله ففى هذه الثلاث لا تصح نيتها قال فى رد المحتار قلت والمتون على خلافه واجاب عن ماشله المحشى من التوجيه لهذا الاستثناء فراجعه اه مصححه

وان نوى الثلاث فى هذه الفصول صحت نيته (فصل) فى الطلاق قبل الدخول (طلق غير الموطوءة) بان قال انت طالق (ثلاثا وقعن) وعن الحسن البصرى تقع واحدة الا اذا قال اوقعت عليك ثلاث تطليقات (وان فرق) الطلاق بان قال انت طالق ثلاث مرات

قوله قال أبو يوسف يتحرى الخ اقتصر عليه قاضيخان اه ط قلت ويمكن حمل القول بالبناء على الاقل على القضاء والقول بالبناء على الاكثر على الديانة كذا فى رد المحتار ثم ذكر ما يؤيد ذلك فراجعه اه مصححه

مطلب فيمن قال لامرأته أنت طالق واحدة وعشرين

(بانت) المرأة (بواحدة) وهي الأولى ولم تقع الثانية والثالثة (ولو ماتت) المرأة (بعد الايقاع) أي بعد قوله انت طالق (قبل العدد) وهو ثلاث او ثنتان أو واحدة (لغا) اى الايقاع وهذه المسئلة تقرر أن الطلاق اذا قرن بالعدد يكون الوقوع بالعدد فلا يقع طلقة واحدة على غير المدخول بها بقوله انت طالق اذا قرن بالثلاث ولا يلغو ذكر الثلاث كما قال الحسن ولهذا أورد هذه المسئلة في هذا الفصل والا لا اختصاص لها بغير المدخول بها (ولو قال انت طالق واحدة و واحدة او) قال انت طالق واحدة (قبل واحدة او) قال انت طالق واحدة (بعدها واحدة تقع واحدة) وعند مالك تقع ثنتان في الأولى وضابطه في هذا الفارسي قبل بي ها وبعد باها اندر احكام يك طلاق بدان (وفي) قوله انت طالق واحدة (بعد واحدة او) انت طالق (واحدة قبلها واحدة او) قال انت طالق واحدة (مع واحدة (او معها واحدة) يقع (ثنتان)

قوله في هذا الفارسي الخ تعريبه على ما رأيته بهامش نسختي الشارح قوله قبل بي ها بي معناه غير أي لفظ قبل من غيرها وقوله بعد با أي مع أي بعد مع الهاء وقوله اندر احكام أي في الاحكام وقوله يك طلاق أي واحدة وقوله بدان معناه اعلم أي بعد مع الهاء وقبل من غيرها حكمهما واحد وهو وقوع طلقة واحدة فاعلم ذلك ولم يتكلم الحواشي على تعريب هذه الكلمات وقد علمته اهـ كتبه مصححه

في كل من المبتدأ أو الخبر أو الخبر وحده وليس كذلك لان منه ما ذكره العيني وهو ما لو قال لها انت طالق واحدة و واحدة وواحدة (قوله بانت بواحدة) كما لو قال نصفا و واحدة على الصحيح در عن الجوهرة ثم عند أبي يوسف تبين بالاولى قبل الفراغ من الكلام الثاني ومحمد يعتبر الفراغ منه ورجح السرخسي في اصوله قول أبي يوسف وفائدة الخلاف تظهر فيمن مات قبل الفراغ فعند أبي يوسف يقع خلافا لمحمد لجواز أن يلحق بآخره شرطا أو استثناء وهذا الخلاف انما يتحقق عند العطف بالواو لا بدونه نهر (قوله ولم تقع الثانية والثالثة) فيما اذا لم يكن وطئها أما من خلا بها خلوة صحيحة فلا يملك عليها الرجعة واختلفت الرواية هل يلحقها آخر أولا والمختار وقوع طلاق بائن آخر في هذه العدة وقدمر شيخنا واعلم ان وجه عدم وقوع الثانية والثالثة انها بانت بالاولى لا الى عدة فلا يقع ما بعدها قيد بغير المدخول بها لان المدخول بها يقع عليها الكل وبالتفريق لانه لو جمع وقع الكل ومنه أنت طالق واحدة وعشرين فيقع الثلاث ولو قال واحدة ونصفا وقع ثنتان ولو قال نصفا و واحدة وقعت واحدة ولو قال واحدة وعشرا وقعت واحدة بخلاف احد عشر حيث يقع الثلاث لعدم العطف وكذا لو قال واحدة ومائة أو واحدة والفا او واحدة وعشرين تقع واحدة وجزم الزيلعي بالثلاث في واحدة وعشرين يومئ الى ترجيحه نهر ولهذا قال في الدر ولو قال واحدة وعشرين او وثلاثين فثلاث (قوله ولو ماتت المرأة الخ) مدخولا بها أو غير مدخول بها كما في البحر وسيأتي التصريح به في كلام الشارح وهو قوله ولهذا أورد هذه المسئلة في هذا الفصل الخ (قوله قبل العدد) يدخل في العدد أصله وهو الواحد لانه مبدأه كما في البحر قيد بموتها اذ بموت الزوج قبل ذكر العدد يقع واحدة لانه وصل الطلاق بذكر العدد في موتها وذكر العدد يحصل بعد موتها وفي موت الزوج ذكر لفظ الطلاق ولم يتصل به ذكر العدد فبقي قوله أنت طالق وهو عامل بنفسه في وقوع الطلاق ألا ترى انه لو قال لامرأته أنت طالق يريد أن يقول ثلاثا فأخذ رجل فاه فلم يقل شيئا بعد ذكر الطلاق تقع واحدة لان الوقوع بلفظه لا بقصده درر (قوله لغا الايقاع) فلا يتنصف المهر ويرث الزوج منها حموي ووجه كون الايقاع لاغيا ان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكره بطل المحل فلا يقع شيء عيني وسيأتي في كلام الشارح ما يفيده وهو قوله وهذه المسئلة تقرر الى آخره وانما ذكر المصنف هذه المسئلة في هذا الفصل مع انه لا اختصاص لها بغير المدخول بها الا انها تجانس ما قبلها من حيث المعنى وهو فوات المحل عند الايقاع (قوله كما قال الحسن) يتعلق بالمنفي في كل من قوله فلا يقع طلقة واحدة في غير المدخول بها وقوله ولا يلغو ذكر الثلاث (قوله ولهذا) أي لرد مذهب الحسن (قوله أو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة الخ) اعلم ان مبنى هذه المسائل على ان الظرف اذا وقع بين شيئين ولم يتصل به ضمير كان صفة للمذكور أولا وان اتصل به ضمير كان صفة للمذكور آخرا وعلى ان الاقرار بطلاق سابق ايقاع في الحال كما مر بيانه يعني في قوله أنت طالق امس وقد نكحها قبله حموي عن البرجندي (قوله يقع واحدة) اما في الاولى فلانها بانت بالواحدة لا الى عدة فلا يلحقها الثانية لعدم توقف صدر الكلام على آخره عند عدم المغير فصار كل واحدة ايقاعا على حدة ولا ينتقض بما اذا قال لها أنت طالق ثلاثا ان شئت فقالت شئت واحدة وواحدة و واحدة حيث يقع عليها ثلاث مع التفريق لانا نقول انما وقع عليها الثلاث لان تمام الشرط بآخر كلامها فما لم يتم الشرط لا ينزل الجزاء زيلعي وفيه ايماء الى ان الحكم كذلك في العطف بالفاء وثم وبل صرح به في المحيط نهر وأما قوله أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة فلان الاصل ان القبلية والبعدية صفة للمذكور أولا ان لم يقرن بالكناية وان قرن بها فهو صفة للمذكور آخرا والقبلية في قوله واحدة قبل واحدة صفة الاولى فوقعت قبل الثانية فلا تلحقها الثانية لما قلنا والبعدية في قوله بعدها واحدة صفة الاخيرة فوقعت الاولى قبلها فلا تلحقها الثانية لما ذكرنا زيلعي (قوله يقع ثنتان) اما الاولى فلان البعدية صفة الاولى لخلو الظرف عن الضمير فاقتضى ايقاع الطلاق الواحد للحال وايقاع الاخرى قبلها فيقترنان وقوعا واما الثانية فلان القبلية صفة الاخرى لاقترانها بالضمير فاقتضى ايقاعها

في الماضي والاولى واقعة في الحال والايقاع في الماضي ايقاع في الحال فيقترنان وقوعا واما الاخريان فلان كلمة مع للمقارنة كما ذكره العيني اقترنت بالضمير أولا (قوله وعن أبي يوسف الخ) لان الكناية تقتضي سبق المكنى عنه وجودا زيلعي (قوله ولو قال لامرأته ان دخلت الدار الخ) أراد بالمرأة غير المدخول بها وترك التصريح بذلك لان الفصل معقود لها ولانه لو كانت مدخولا بها لوقع عليها الثنتان كما لو اخر الشرط (قوله يقع واحدة) لان المعلق بالشرط كالمنجز عند وقوعه وفي المنجز يقع واحدة فلا يبقى للثاني والثالث محل فكذا هنا درر قيد بحرف العطف لانه لو حذفه وقعت واحدة اتفاقا عند وجود الشرط ولغا الباقي لعدم ما يوجب تشريكه معه وبكونه واوا لانه لو كان فاء وقعت واحدة أيضا اتفاقا في الاصح قاله الفقيه أو كلمة ثم تعلق الاول وتنجز الثاني ولغا الثالث نهر (قوله وعندهما يقع ثنتان) لان الواو للجمع المطلق أعني جمع المتعاطفات بما قبلها وما بعدها في الحكم سواء كان هناك عامل كجاء زيد وعمرو وبكر أم لا كزيد وعمرو وبكر جاؤا بلا قيد أو ترتيب وقد جمع بين الواحدة والواحدة في التعليق فصار كما اذا جمع بينهما بلفظ الجمع وله ان الجمع المطلق يحتمل القران أو الترتيب فعلى الاول يقع الكل وعلى الثاني لا يقع الا واحدة فلا يقع الزائد بالشك نهر ورجح في الاسرار قولهما والباقون اختاروا قوله كذا في كشف البزدوي حموي عن البرجندي ولو قال لامرأته التي لم يدخل بها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة لا بل ثنتين فدخلت الدار تطلق ثلاثا ولو نجز بهذا اللفظ قبل الدخول بها لم يقع الا واحدة كذا بخطه أيضا عن شرح ابن الشلبي معزيا للنهاية (قوله وان أخر الشرط فثنتان) لان الجزاءين يتعلقان بالشرط دفعة فيقعان كذلك درر (قوله بأن قال انت طالق واحدة وواحدة الخ) وكذا بالفاء وفي ثم يقع واحدة للحال ويلغو الباقي نهر (فروع) قال لنسائه أنتن طالق وهذه وهذه ثلاثا طلقت كل واحدة ثلاثا لان العدد المذكور آخرا يصير ملحقا بالايقاع أولا كيلا يلغو ولو قال أنت طالق واحدة وهذه وهذه ثلاثا طلقت الاولى والثانية واحدة والثالثة ثلاثا لان الثانية تابعة للسابقة والثالثة مفردة بعدد على حدة ولو قال أنت طالق وأنت طالق وهذه ثلاثا طلقت الاولى واحدة والثانية والثالثة ثلاثا لان العدد صار ملحقا بالايقاع الثاني دون الاول بحر عن المحيط

(باب الكنايات)

الكناية عند النحاة واللغويين أن يعبر عن شيء معين لفظا كان أو معنى بلفظ غير صريح اما للابهام على السامع كقولك جاءني فلان وأنت تريد معينا أو للشناعة كالهن للفرج أو للاختصار كالضمائر أو لنوع من الفصاحة ككفلان كثير الرماد ثم الصريح والكناية من اقسام الحقيقة والمجاز فالحقيقة التي لم تهجر صريح والمهجورة التي غلب معناها المجازي كناية والمجاز الغالب الاستعمال صريح وغير الغالب كناية نهر وفي اصطلاح اهل البيان لفظ استعمل في معناه الموضوع له لينتقل منه الى ملزومه وفي اصطلاح اهل الاصول لفظ استتر المراد منه في نفسه سواء كان المراد معنى حقيقيا او مجازيا وقد ذكروا ان اطلاق الكناية على كنايات الطلاق مجاز لان معانيها غير مستترة فان البائن معلوم المراد لان محل البينونة اعني الوصلة متنوعة فاستتر المراد لا في نفسه بل باعتبار تمام المحل الذي يظهر فيه اثر البينونة واعترض بانه ان اريد ان معانيها اللغوية غير مستترة فجميع الكنايات كذلك وان اريد ان مراد المتكلم غير مستتر فممنوع لان مراده مبهم باعتبار المحل وذكر في التوضيح انها كنايات على اصطلاح علماء البيان فانه يراد بالبائن مثلا معناه الحقيقي ثم ينتقل منه بواسطة نية المتكلم الى ملزومه الذي هو الطلاق فتطلق المرأة على صفة البينونة ورد بأن الكناية وان كانت مستعملة في معناه الموضوع له لكن لا يكون مقصودا حتى لا يلزم ثبوته في الواقع كما في قولنا طويل النجاد لطول القامة فانه لا يلزم أن يكون له نجاد فكيف يلزم الطلاق بصفة البينونة وفي

وعن أبي يوسف في قوله معها واحدة انه يقع واحدة (و) لو قال لامرأته (ان دخلت الدار فأنت طالق) طالقة (واحدة وواحدة فدخلت تقع واحدة) عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما تقع ثنتان (وان أخر الشرط) بأن قال انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فثنتان
(باب الكنايات)

التلويح الحق انه لم ينتقل من معانى هذه الالفاظ الى شئ آخر فان المراد بالبائن معناه اللغوى لكن على وجه مخصوص وفى محل مخصوص فيه الاستتار حموى (قوله ما استتر معناه وخفى مراده) هذا معنى الكناية عند الاصوليين وكان ينبغى أن يبين أولا معناها لغة ثم يبين معناها اصطلاحا كما هو المستفيض فى مثله ثم لا يخفى ما فى هذا التعريف من النظر كما يعلم بمراجعة النهر حموى ووجهه ان التعريف غير شامل لما انكشف المراد منه فى الكناية بواسطة التفسير والبيان وغير مانع من دخول ما استتر المراد منه فى الصريح بواسطة نحو غرابة اللفظ ولو زاد على التعريف قوله فى نفسه بأن قال ما استتر المراد منه فى نفسه لم يرد عليه شئ (قوله وفى الخانية الخ) استئناف قصد به بيان معنى كناية الطلاق عند الفقهاء ويعلم منه معنى كناية غيره أى غير الطلاق بطريق المقايسة حموى (قوله ما يحتمل الطلاق) يعنى وغيره لان الاحتمال انما يكون بين شيئين يصدق بهما اللفظ الواحد معا ومن ثم لا يقال يحتمل كذا أو كذا كما نبه عليه العصام فى شرح التلخيص من بحث المسند اليه حموى (قوله ولا يكون مذكورا نصا) ليدخل فى التعريف نحو أنا برىء من طلاقك حموى (قوله الا بالنية أو دلالة الحال) أى لا تطلق بالكنايات الا بأحد هذين الامرين لان ألفاظ الكنايات غير مختصة بالطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من المرجح زيلعى واذا وقع الطلاق بالكناية اما للنية أو دلالة الحال فبالاولى اذا وجد الامران ومنه تعلم أن او فى قوله أو دلالة الحال لمنع الخلو فيجوز الجمع (قوله كمذاكرة الطلاق) وحال الغضب درر (قوله وهذه الحالة أدل على الطلاق من النية) لانها ظاهرة والنية باطنة (قوله وتطلق واحدة رجعية فى اعتدى الخ) ولو نوى ثلاثا أو ثنتين كما فى الصريح اذا لم يذكر المصدر زيلعى وجه كون الواقع بهذه الالفاظ الثلاثة رجعيا وكونها من الكنايات ما ذكره فى الدرر حيث قال اما اعتدى فلان حقيقته الامر بالحساب ويحتمل أن يراد اعتدى نعم الله تعالى أو نعمى عليك أو اعتدى من النكاح فاذا نوى الاخير زال الابهام ووقع به الطلاق بعد الدخول اقتضاء كانه قال أنت طالق واعتدى وقبل الدخول جعل مستعارا عن الطلاق لانه سببه ويجوز استعارة الحكم للسبب اذا كان الحكم مختصا به كما تقرر فى الاصول والطلاق يعقب الرجعة واما استبرئى فانه يستعمل بمعنى الاعتداد لانه تصريح بما هو المقصود بالعدة فكان بمنزلته ويحتمل الاستبراء ليطلقها فى حال فراغ رحمها أى تعرّفى براءة رحمك لاطلقك وأما انت واحدة فلانه يحتمل أن يراد به انت واحدة عند قومك أو منفردة عندى ونحو ذلك وأن يكون نعتا لمصدر محذوف أى أنت طالق طلقة واحدة فاذا زال الابهام بالنية كان دالا على الصريح والصريح يعقب الرجعة اه ولانه ورد انه عليه السلام قال لسودة بنت زمعة اعتدى ثم راجعها عينى وزمعة بالزاى والميم والمهملة المفتوحات وقيل بسكون الميم كرمانى (قوله واستبرئى) بكسر الهمزة قبل الياء شيخنا عن البخارى (قوله وقال زفر يقع بها) أى بواحدة من قوله أنت واحدة البائن كسائر الكنايات قلنا انه بعد وجود القرينة يكون نعت مصدر محذوف وهو طلقة فيكون رجعيا (قوله اذا قال واحدة بالنصب وقع) وان لم ينو لانه نعت لمصدر محذوف زيلعى (قوله لا يقع شئ) وان نوى لانه نعت للمرأة (قوله وقال عامة مشايخنا الكل على الخلاف) يتأمل فيه حموى (قوله لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب) يرد عليه انهم اعتبروه فى الاقرار فيما لو قال له على درهم غير دانق رفعا ونصبا فى طلب الفرق وكانه عملا بالاحتياط فى البابين نهر قال المرحوم الشيخ شاهين فعلى هذا لو كان ممن يفرق بين وجوه الاعراب هل يعتبر كما يؤخذ من التعليل وقال شيخنا انه غير معتبر وان كان المتكلم من الخواص لسان المذكور جزء علة والجزء الآخر ما قاله فى النهر وهو والخواص لا يلتزمونه فى مخاطباتهم بل تلك صناعتهم والعرف لغتهم ولهذا ترى أهل العلم لا يلتزمونه فى كلامهم على ان الرفع لا ينافى الوقوع لاحتمال أن يريد أنت طلقة واحدة تجعلها نفس الطلقة مبالغة كرجل عدل اه والنصب لا يعين أن يكون نعتا لمصدر الطلاق بل يجوز أن يكون مصدر فعل آخر كقوله أنت ضاربة ضربة واحدة ونحوه فصار الاحتمال موجودا فى الكل فلا يتعين البعض مرادا الا بدليل زيلعى (قوله أى غير هذه الالفاظ الثلاثة)

الكناية ما استتر معناه وخفى مراده وفى الفتاوى الخانية الكناية ما يحتمل الطلاق ولا يكون مذكورا نصا (لا تطلق بها الا بالنية أو دلالة الحال) كمذاكرة الطلاق وهذه الحالة ادل على الطلاق من النية (فتطلق طلقة واحدة رجعية فى اعتدى واستبرئى رحمك وانت واحدة) وقال زفر يقع بها البائن كسائر الكنايات وقال الشافعى لا يقع بها الطلاق بلا نية وقيل انما يقع بها حتى يكون بائنا اذا قال واحدة بالنصب اما اذا قال واحدة نعتا لمصدر محذوف وان لم يعرب بالرفع لا يقع شئ وان نوى وقال عامة مشايخنا رحمهم الله تعالى الكل على واحدة يحتاج الى النية لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب فلا يجوز بناء حكم الاختلاف على هذا وهو الصحيح يرجع الى العامة (وفى غيرها) أى غير هذه الالفاظ الثلاثة

فيه نظر بل يقع الرجعى ببعض الكنايات سوى هذه الثلاثة كما فى قوله لست لى بامرأة أو لست لك بزوج بناء على ما صرح به فى البحر والنهر من ان الواقع رجعى بهذه الكناية لكن جعله فى الدر بائنا فليحرر ما هو الصواب والحاصل كما فى النهر ان فى كلامه مؤاخذة من وجهين الاول ان كون ما عدا الثلاث يقع به البائن ممنوع بل يقع الرجعى ببعض الكنايات سوى الثلاث كانا برىء من طلاقك الطلاق عليك يقع وهبتك طلاقك بعتك طلاقك اذا قالت اشتريت من غير بدل شاء الله طلاقك أو قضاء شئت طلاقك خليت سبيل طلاقك أنت مطلقة بسكون الطاء على الصواب فما فى النهر بسكون اللام سبق قلم أنت أطلق من امرأة فلان وهى مطلقة أنت طال بلا قاف لكن فى فتح القدير الوجه اطلاق التوقف على النية مطلقا ان لم يكن هناك دلالة حال خذى أقرضتك اعرتك طلاقك وفى برئت من طلاقك خلاف والاصح انه يقع قال فى الفتح والاوجه عندى ان يقع بائنا الثانى ان من الكنايات المذكورة اختارى ولا تصح فيه نية الثلاث وغاية ما أجاب به فى البحر عن الاول بان تلك الالفاظ ملحقة بالثلاثة وعن الثانى بانه مقيد بغير اختارى لما سيذكره فى بابه الخ نهر وأقول مبنى الايراد الاول على ان ما سبق من هذه الالفاظ من قسم الكناية والذى يظهر خلافه وانها من الصريح وقد كنت توقفت فى ذلك برهة حتى رأيت بخط السيد الحموى الموافقة على ذلك فلله الحمد ونصه وأقول قد تقدم فى باب الصريح ان منه خذى طلاقك واعرتك طلاقك ووهبته لك وشئت طلاقك فى الاصح لانه من الايقاع بالمصدر وهو صريح والكلام هنا فى الكناية فلا يرد ما ذكر اه واعلم ان ما سبق من قول النهر لكن فى فتح القدير الوجه اطلاق التوقف على النية مطلقا أى فى جميع الالفاظ التى تقدمت وهو استدراك على ما يفهم من كون الواقع بها رجعيا اذ مقتضى كون الواقع بها رجعيا عدم توقف الوقوع على النية او دلالة الحال بناء على ما هو الاصل فى الرجعى من انه انما يكون بالصريح فلهذا استدرك بقوله لكن فى فتح القدير الخ والا فقد يقع البائن بالصريح كما سيأتى (قوله تطلق طلقة واحدة بائنة) وان نوى ثنتين ولو كان طلقها واحدة قبل ذلك ولم يبق الا الثنتان نهر عن المحيط اما البينونة فلانها لم تكن كناية عن مجرد الطلاق بل عن الطلاق على وجه البينونة وأما امتناع ارادة الثنتين فلما تقرر ان الطلاق مصدر لا يحتمل محض العدد درر (قوله وقال الشافعى يقع الرجعى فى الجميع) لانها كنايات عن الطلاق وهو يعقب الرجعة ولنا انه أتى بالابانة بلفظ صالح لها والحاجة ماسة اليها فى الحال كيلا يقع فى مراجعتها بغير قصد ولا نسلم انها كناية عن الطلاق لانها تعمل عمل نفسها لا عمل المكنى عنه وتسميتها كنايات مجاز زيلعى (قوله وتصح نية الثلاث) لانها كل الجنس ولهذا صحت نية الثنتين فى الامة لا فى غيرها لان نية العدد فى الجنس لا تصح نهر (قوله الا فى قوله اختارى) لان الاختيار لا يتنوع درر واعلم ان فى قصر الاستثناء على اختارى قصورا بدليل ما نقله السيد الحموى عن شرح ابن الحلبى معزيا الى الخانية حيث قال والواقع بالكنايات بائن عندنا الا الواقع بثلاثة اعتدى واستبرئى رحمك وأنت واحدة فانه يقع واحدة رجعية وان نوى الثلاث بالكنايات تصح نيته الا فى أربعة اعتدى واستبرئى رحمك وأنت واحدة واختارى فقالت اخترت فانه لا يصح نية الثلاث فى هذه الاربعة اه ثم ظهر انه انما اقتصر فى الاستثناء على اختارى اكتفاء بقول المصنف وفى غيرها الخ فقوله وتصح نية الثلاث أى فى غير الثلاثة السابقة (قوله بائن بتة بتلة) وجه كونها من الكنايات أنها كلها بمعنى المنقطعة كما فى الدرر فيحتمل الانقطاع عن كل رشد ونحوه كالاخلاق الحسنة أو عن قيد النكاح (قوله حرام) احتمالها للطلاق ظاهر وأما احتمالها للشتم فلجواز ان يراد أنت حرام الصحبة والعشرة كما فى الدرر قال فى البحر وسيأتى فى آخر باب الايلاء عن الفتاوى انه لو قال لها أنت على حرام والحرام عنده طلاق وقع وان لم ينو وذكر الامام ظهير الدين لا نقول بعدم اشتراط النية ولكن يجعل ناويا عرفا ولا فرق بين قوله أنت على حرام أو محرمة أو حرمت على أو لم يقل على أو أنت حرام بدون على أو أنا عليك حرام أو محرم أو حرمت نفسى عليك ويشترط قوله عليك فى تحريم نفسه لا نفسها وكذا قوله حلال المسلمين على حرام وكل حل على حرام

تطلق طلقة واحدة (بائنة وان نوى ثنتين) وقال الشافعى يقع رجعى فى الجميع وقال زفر ان نوى ثنتين تقع ثنتان وهذا اذا كانت حرة اما اذا كانت امة فتقع ثنتان اجماعا عندنا (وتصح نية الثلاث) حتى ان نوى الثلاث تقع الثلاث الا فى قوله اختارى كما سيأتى (وهى) أى الفاظ الكنايات (بائن بتة بتلة) البت والبتل القطع (حرام

وأنت معى فى الحرام فان قلت اذا وقع الطلاق بلانية ينبغى ان يكون كالصريح فيكون الواقع رجعيا قلت المتعارف به ايقاع البائن لا الرجعى وان قال لم أنولم يصدق للعرف كذا فى البزازية وفى القنية لوقال أنت امرأة حرام ولم يرد الطلاق يقع قضاء وديانة ولوقال هى حرام كالماء تحرم لانه تشبيه بالسرعة اه (قوله خلية من الخلو بضم الخاء من حد دخل فيحتمل الخلو عن الخيرات أو عن قيد النكاح عينى (قوله بريئة من البراءة) من حد علم فيحتمل البراءة عن حسن الثناء أو عن قيد النكاح عينى (قوله حبلك على غاربك) أى اذهبى حيث شئت لانى طلقتك أو لئلا تطلبى الطلاق وفى معناه سرحتك درر (قوله يجعلون حبلها) أى مقودها (قوله الحقى باهلك) لانى طلقتك أو لانى أذنت لك ولا تطلبى الطلاق درر وهو بكسر الهمزة وبابه تعب (قوله وهبتك لاهلك) فيحتمل انى عفوت عنك لاجل أهلك أو وهبتك لهم لانى طلقتك عينى (قوله سرحتك فارقتك) لانهما يحتملان التسريح والمفارقة بالطلاق وبغيره عينى (قوله وعند الشافعى هما صريحان الخ) قلنا الصريح ما تعين استعماله فى شئ ومالم يتعين لا يكون صريحا وهما لم يتعينا فى النساء بل يقال سرحت ابلى وفارقت مالى وأصحابى فصارا كسائر الكنايات زيلعى وقوله ما تعين استعماله فى شئ أى غالبا ليوافق ماسبق فتنبه (قوله أمرك بيدك) أى عملك بيدك كما فى قوله تعالى وما أمر فرعون برشيد ويحتمل ارادة الامر باليد فى حق الطلاق درر (قوله اختارى) أى اختارى نفسك بالفراق فى النكاح أو اختارى نفسك فى أمر آخر درر (قوله وفى هذين اللفظين لا تطلق مالم تطلق نفسها الخ) ولهذا قال فى الحواشى السعدية وهذا لا يناسب ذكره فى هذا المقام وقد وقع بسبب ذلك خطأ عظيم من بعض المفتين فزعم انه يقع به الطلاق وأفتى به وحرم حلالا نعوذ بالله من ذلك وأقول دعوى عدم المناسبة ممنوع فان الباب مسوق للكنايات أعم من ان تكون كناية طلاق أو كناية تفويض ووقوع هذا المفتى فى الخطا لجهله غير قادح حموى بقى ان ظاهر قوله لا تطلق مالم تطلق نفسها انها اذا طلقت نفسها بعد ان فوض اليها بقوله أمرك بيدك أو اختارى تطلق مطلقا وان لم ينو الطلاق وليس كذلك بل لابد من ان ينوى بهما الطلاق كما سيأتى فى المتن من باب التفويض وفصل الامر باليد وذكر فى البحر أن دلالة الحال قائمة مقامها قضاء لا ديانة والدلالة مذاكرة الطلاق والغضب (قوله لانهما تفويضان) أى من كنايات التفويض فما فى الدرر من انهما من كنايات الطلاق غير صواب شرنبلالية (قوله أنت حرة) أى عن رق النكاح ويحتمل من حقيقة الرق واعتقتك مثله وكذا كونى حرة أو اعتقى نهر (قوله تقنعى) من القناع وهو الخمار أى استترى لانى طلقتك أو من القناعة أى اقنعى بما رزقك الله منى من أمر المعيشة ولا تطلبى الطلاق درر (قوله تخمرى) أمر بأخذ الخمار فيحتمل لانك بنت منى بالطلاق وحرم على نظرك أو عن الاجنبى لئلا ينظر اليك (قوله استترى) يحتمل ما يحتمل تخمرى قال فى النهر ولوقال منى أى استترى منى خرج عن كونه كناية اه ومقتضاه وقوع الرجعى به بلانية وينبغى ان يكون قوله تخمرى منى كذلك ويحتمل ان يكون المراد من قوله خرج عن كونه كناية أى فلا يتوقف الوقوع به على النية وان كان الواقع به بائنا (قوله وقيل اعزبى مكان اغربى) وهو اما من العزوبة وهى التجرد عن الزوج أو بمعنى البعد أى اختارى العزوبة أو البعد عنى لانى طلقتك أو لزيارة أهلك درر ومنه يعلم ما فى كلام الشارح من القصور لايهامه قصر احتمال ارادة البعد على الثانى وهو اغربى بالراء المهملة (قوله اخرجى) أى من عندى لانى طلقتك أو اخرجى ولا تطلبى الطلاق (قوله اذهبى قومى) يحتملان ما يحتمله اخرجى (قوله ابتغى الازواج) لانى طلقتك أو ابتغى الازواج من النساء لان الزوج لفظ مشترك بين الرجال والنساء عينى والالف واللام اذا دخلت على الجمع تبطل معنى الجمعية حموى (قوله ما يصلح جوابا) أى لسؤال الطلاق (قوله ففى حالة الرضا لا يقع الطلاق فى الالفاظ كلها الا بالنية) للاحتمال زيلعى (قوله يقع الطلاق فى سائر الاقسام قضاء) بلانية (قوله الا فيما يصلح جوابا وردا) فانه لا يجعل طلاقا الا بالنية (قوله الا فيما يصلح للجواب لا غير) فانه يقع الطلاق بلانية وقد نظم حاصل هذا العلامة نور الدين على بن

خلية) من الخلو (بريئة) من البراءة (حبلك على غاربك) ينبئ عن التخلية لانهم اذا أرسلوا الناقة يجعلون حبلها على غاربها وهو ما بين السنام والعنق (الحقى باهلك وهبتك لاهلك سرحتك فارقتك) وعند الشافعى هما صريحان لا يحتاجان الى النية (امرك بيدك اختارى) وفى هذين اللفظين لا تطلق مالم تطلق نفسها لانهما تفويضان (أنت حرة تقنعى تخمرى) أى البسى الخمار (استترى) اغربى من الغربة وقيل اعزبى مكان اغربى من الغروب وهو البعد (اخرجى اذهبى قومى ابتغى) أى اطلبى (الازواج) ثم الكنايات ثلاثة اقسام ما يصلح جوابا لا غير امرك بيدك اختارى اعتدى واستبرئى وانت واحدة وانت حرة وكذا فارقتك ولا ملك لى عليك ولا سبيل لى عليك وخليت سبيلك خلافا لابى يوسف فان عنده يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا وردا لا غير اخرجى اذهبى اعزبى قومى تقنعى استترى تخمرى وما يصلح جوابا وشتما خلية برية بتة بائن حرام والاحوال ثلاثة حالة الرضا وحالة مذاكرة الطلاق بان تسأل هى طلاقها أو غيرها طلاقها وحالة الغضب ففى حالة الرضا لا يقع الطلاق فى الالفاظ كلها الا بالنية والقول قول الزوج فى ترك النية مع اليمين وفى حالة مذاكرة الطلاق يقع الطلاق فى سائر الاقسام قضاء الا فيما يصلح جوابا وردا فانه لا يجعل طلاقا والقسم الثالث لابد أن يجعل طلاقا لان الحال لا يصلح للشتم فتعين الجواب وفى حالة الغضب لا يقع الطلاق فى الاقسام الثلاثة الا فيما يصلح للجواب لا غير فانه يقع الطلاق (ولوقال اعتدى ثلاثا) بان قال اعتدى اعتدى اعتدى (ونوى بالاول طلاقا وبما بقى حيضا

غانم المقدسى فقال

بعض الكنايات جواب برد * وبعضها سب وبعض رد
فاشترط النية للطلاق * فى كل الاقسام لدى الاطلاق
وما أتى للرد فى المذاكره * صدقه ان كان الطلاق أنكره
ولا تصدق حالة الغضاب * فى كل ما يختص بالجواب

ولوقال لا حاجة لى فيك ونوى الطلاق لا يقع وكذا لوقال ما أريدك ولوقال لها ابعدى عنى ونوى الطلاق يقع ولوقال لها اذهبى فبيعى هذا الثوب أو اذهبى فبيعى أو قومى فكلى ونوى الطلاق بقوله اذهبى وبقوله قومى لا يقع الطلاق ولوقال لها اربع طرق عليك مفتوحة ونوى الطلاق لا يقع الا ان يقول اربع طرق عليك مفتوحة تخذى فى أى طريق شئت حينئذ يقع الطلاق اذا نوى شيخنا عن الخانية وبقى من الكنايات الفاظ أخر تعلم بمراجعة النهر (قوله صدق قضاء) لانه نوى حقيقة كلامه (قوله ولوقال لم أنو بالكل شيئا يكون القول قوله) لانه لا ظاهر يكذبه عينى (قوله فهى ثلاث) أما فيما اذا نوى بالكل فظاهر وأما اذا نوى بالاولى فقط أو بالاولى والثانية فلانه صار الحال حال مذاكرة الطلاق فلا يصدق فى عدم النية فيما بعده وكذا اذا نوى بالاولى والثالثة ولم ينو بالثانية شيئا يكون ثلاثا أيضا زيلعى لان الحال عند الثانية حال مذاكرة الطلاق لكونه نواه بالاولى والاصل انه اذا نوى الطلاق بواحدة تثبت حالة مذاكرة الطلاق فاذا نوى بما بعدها الحيض صدق لظهور الامر بالاعتداد بالحيض عقيب الطلاق ولا يصدق فى عدم نية شئ بما بعدها واذا لم ينو الطلاق بشئ صح وكذا كل ما قبل المنوى بها ونية الحيض بواحدة غير مسبوقة بواحدة منوى بها الطلاق يقع بها الطلاق وتثبت حالة المذاكرة فيجرى فيها الحكم المذكور بخلاف ما اذا كانت مسبوقة بواحدة اريد بها الطلاق حيث لا يقع بها الثانية نهر (قوله يقع ثنتان) علم وجهه مما قدمناه والاصل فيه انه ان لم ينو بشئ منها لم يقع شئ وان نوى بواحدة الطلاق ينظر فان نوى بما بعدها الحيض صدق قضاء والا وقع بها الطلاق نوى به الطلاق أو لم ينو لانه لما نوى عند واحدة منها الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الطلاق زيلعى (قوله يقع واحدة) لان الحال عند الاوليين لم يكن حال مذاكرة الطلاق (قوله وكذلك لوقال لم أنو بالاولى شيئا ونويت بالثانية الطلاق والثالثة الحيض) وقعت واحدة ووجهه ظاهر والى هنا تمت المسائل اثنتى عشرة وقد اوصلها فى النهر الى خمسة وعشرين وجها قال فى العناية وبناء هذه الوجوه على الاقتصار على حال مذاكرة الطلاق وعلى ان النية تبطل مذاكرة الطلاق فاعتبر ذلك قيدا بما ذكر لانه لوقال انت طالق اعتدى او عطفه بالواو أو الفاء فان نوى واحدة يعنى لا غير وقعت واحدة أو ثنتين وقعتا وان لم يكن له نية فعن الثانى انه فى الفاء تقع واحدة وفى الواو ثنتان وبه جزم فى المحيط على انه المذهب والمذكور فى الخانية وقوع الثنتين فى الوجوه الثلاثة نهر (قوله فهى كذلك فيما بينه وبين الله تعالى) لانه يحتمله (قوله وأما فى القضاء فهى ثلاث) فلا يصدق لانه خلاف الظاهر ووجهه كما فى النهر عن المحيط انه يكون ناويا بكل لفظ ثلث تطليقة (قوله انما يصدق مع اليمين) لانه أمين فى الاخبار عما فى ضميره زيلعى ويكفى تحليفها له فى البيت فان امتنع رفعته للقاضى فان نكل فرق بينهما (قوله وتطلق بلست لى الخ) يعنى طلاقا رجعيا وعلى هذا يكون من كناية الرجعى سيد حموى وهذا بناء على ماسبق عن البحر والنهر والا ففى الدرر ما يخالفه (قوله وقالا لا تطلق وان نوى) لانه نفى النكاح وهو لا يكون طلاقا بل كذبا لكون الزوجية معلومة فصار كما لوقال لم أتزوجك اوسئل هل لك امرأة فقال لا ونوى الطلاق لا يقع فكذا هنا وله ان هذه الالفاظ تصلح لانكار النكاح وتصلح لانشاء الطلاق الا ترى انه يجوز أن يقول لست لى بامرأة لانى طلقتها كما يجوز أن يقول لست لى بامرأة لانى ما تزوجتها فاذا نوى به الطلاق فقد نوى محتمل لفظه فيصح كما لوقال لا نكاح بينى وبينك درر وقوله اوسئل هل لك امرأة فقال لا ونوى الطلاق لا يقع كذا فى التبيين وفى الجوهرة

(صدق) قضاء ولو قال لم أنو بالكل شيئا يكون القول قوله (وان) نوى بالاولى الطلاق ولم ينو بما بقى شيئا) أى قال نويت بالاولى الطلاق ولم أنو بما بقى شيئا وقال نويت بالاولى والثانية الطلاق ولم أنو بالثالثة شيئا وقال نويت بالكل الطلاق (فهى ثلاث) طلقات ولو قال نويت بالاولى والثانية الطلاق وبالثالثة الحيض او قال نويت بالاولى الطلاق وبالثالثة الحيض ولم أنو بالثانية شيئا اوقال نويت بالاولى الطلاق وبالثانية الحيض ولم أنو بالثالثة شيئا أو قال لم انو بالاولى والثالثة شيئا ونويت بالثانية الطلاق يقع ثنتان ولو قال لم أنو بالاولى والثانية شيئا ونويت بالثالثة الطلاق تقع واحدة وكذلك لو قال لم أنو بالاولى شيئا ونويت بالثانية الطلاق وبالثالثة الحيض ولو قال نويت بهن تطليقة واحدة فهى كذلك فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى وأما فى القضاء فهى ثلاث وفى كل موضع يصدق الزوج على نفى النية هنا وفى سائر الكنايات انما يصدق مع اليمين (وتطلق بلست لى بامرأة اولست لك بزوج اوما أنت لى بامرأة أوما أنا لك بزوج (ان نوى طلاقا) وقالا لا تطلق وان نوى وانما قيد بقوله ان نوى لانه لولم ينو لا يقع شئ بالاتفاق (والصريح

قال ان نوى كان طلاقا عند أبى حنيفة وقالا لا يكون شئ من ذلك طلاقا ولو نوى شرنبلالية واعلم ان محل وقوع الطلاق بالنية عند الامام ما اذا لم يؤكد النفى باليمين اما اذا أكده به فلا يقع شئ وان نوى باتفاقهم لما فى الحدادى وقد اتفقوا جميعا انه لو قال والله ما أنت لى بامرأة اوليست والله لى بامرأة او على حجة ما انت لى بامرأة فانه لا يقع شئ وان نوى شرنبلالية أيضا ولما انهى الكلام على صريح الطلاق وكنايته اخذ يبين ما يلحق بالطلاق وما لا يلحق فقال (والصريح) وهو ما لا يحتاج الى نية بائنا كان الواقع به أو رجعيا كذا فى الفتح ٢ يعنى لا يحتاج اليها قضاء لان الحكم الشرعى يتعلق بنفس الكلام اراده المتكلم أو لم يرده كما فى التلويح وتوضيحه انهم اختلفوا فى دلالة الكلام هل تتوقف على ارادة المتكلم فذهب ابن سينا الى انها لا تتوقف والامام الرازى الى انها تتوقف لكن ذكر فى الحواشى اليعقوبية ان هذا الحكم المذكور للصريح انما يظهر فى الثلاثة التى جدهن جد وهزلهن جد الطلاق والعتاق والرجعة لا فى الجميع حتى ان البيع بالتلجئة اذا ثبت باتفاقهما او بالبينة يصدق قضاء اه وكان ينبغى ان يذكر النكاح لانه من الاشياء التى جدها جد وهزلها جد حموى (قوله يلحق الصريح والبائن) يرد على اطلاقه ما فى البزازية لو قال كل امرأة له طالق لم يقع على المختلعة ولو قال ان فعلت كذا فامرأته كذا لم يقع على المعتدة من بائن نهر لانها لم تبق بعد الابانة بالخلع ونحوه من الكنايات امرأة له وانما يقال هى مبانة ومختلعة منه فلا ينافى ان المختلعة يلحقها صريح الطلاق بان قال لها وهى فى العدة انت طالق فانه يلحق لان بقاء أثر النكاح كاف فى لحوق الصريح البائن فكان على المصنف كغيره ان يستثنى فيقول الا ان يكون الصريح بلفظ كل امرأة له طالق أو ان فعل كذا فامرأته كذا فانه لا يلحق البائن كذا ذكره شيخنا (قوله وقال الشافعى لا يلحق الصريح البائن) لان الطلاق شرع لازالة ملك النكاح وقد زال بالخلع او الطلاق على مال فلم يصادف محله وصار كما اذا طلقها بعد انقضاء العدة ولنا قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به يعنى الخلع ثم قال فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والفاء للتعقيب مع الوصل فيكون هذا نصا على وقوع الثالثة بعد الخلع مرتين وقال عليه السلام المختلعة يلحقها صريح الطلاق مادامت فى العدة ولان القيد الحكمى باق لبقاء أحكام النكاح وانما فات الاستمتاع وذلك لا يمنع التصرف فى المحل كفواته بالحيض وغيره زيلعى (قوله لا البائن) اذا كان بلفظ الكناية فلو كان بغيره يقع كما لو قال انت طالق أفحش الطلاق ثم قال وهى فى العدة انت طالق أفحش الطلاق يلحق نهر عن الفتح وفى شرح المنار للشيخ زين ما لفظه والمراد بالبائن الثانى ما كان بلفظ الكناية المفيدة للبينونة فلو خلعها ثم خلعها لم يقع الثانى ولو خلعها ثم طلقها على مال وقع الثانى ولا يجب المال كما فى القنية ولو خلعها ثم قال أنت طالق بائن وقع الثانى وان كان بائنا الا ان وقوعه بأنت طالق وهو صريح ويلغو قوله بائن لعدم الحاجة اليه لان الصريح بعد البائن بائن ولو خلعها ثم طلقها ثلاثا وقع الثلاث وان كان الثانى بائنا بعد بائن لانه بالصريح لا بالكناية كما فى فتح القدير وصرح فيه بان البائن يلحق الصريح ويشكل عليه ما فى الخلاصة طلقها على مال ثم خلعها فى العدة لا يصح اه فان هذا من قبيل لحوق البائن الصريح الا ان يحمل عدم الصحة على عدم لزوم المال فلا اشكال اه (قوله لا تقع الثانية) فلا حاجة الى جعله انشاء حتى لو قال عنيت به البينونة الغليظة يصدق فى نيته وقيل لا يصدق حكاهما فى المحيط واقتصر على الاول غير واحد بلفظ ينبغى والظاهر ان معناه يجب لانه بحث كما فهمه كثير قال فى عقد الفرائد والذى ظهر لى ان مقتضى تعليلاتهم أنه اذا تعذر حمله على الاخبار يكون انشاء فيلحق ففى البزازية قال للمبانة ابنتك بأخرى يقع لانه لا يصلح اخبارا وفيها قال للمبانة أنت طالق بائن يقع أخرى بائنة ولو قال أنت بائن لا يقع لانه اخبار بخلاف الاول ولو قال ابنتك بتطليقة لا تقع اه لانه يصلح اخبارا نهر (قوله الا اذا كان معلقا) قبل ايجاد المنجز او مضافا حتى لو أبانها ثم علق البائن فى العدة او أضافه لم يصح اعتبارا بتنجيزه نهر عن البدائع (قوله بان قال لها الخ) هذا تصوير التعليق وتقدم ان المضاف كالمعلق وصورته كما فى البحر قال لها أنت بائن غدا ثم أبانها ثم جاء الغد يقع

٢ قوله يعنى لا يحتاج اليها قضاء مفهومه أنه يحتاج اليها ديانة وهو ما صرح به فى البحر ورده ابن عابدين فى أول باب الصريح بانه لا يشترط نية الطلاق فى الوقوع قضاء وديانة نعم يشترط فى الوقوع ديانة قصد اللفظ وعدم التأويل الصحيح انظر تمامه هناك اه بحراوى

بان قال (قوله يلحق الصريح والبائن) للمدخول بها انت طالق ثم قال انت طالق وهى فى العدة او قال لامرأته أنت بائن ثم قال انت طالق وهى فى العدة تقع الثانية أيضا وقال الشافعى رحمه الله تعالى لا يلحق الصريح البائن (والبائن يلحق الصريح) أيضا بان قال للمدخول بها انت طالق ثم قال لها انت حرام وهى فى العدة تقع الثانية أيضا (لا البائن) بان قال للمدخول بها انت بائن ثم قال لها أنت بائن اوحرام وهى فى العدة لا تقع الثانية وكذا اذا خالعها اولا ثم خالعها ثانيا لا يقع الثانى كذا فى المحيط (الا اذا كان معلقا) بان قال لها ان دخلت الدار فانت بائن ثم أبانها فدخلت الدار وهى فى العدة

قوله الا ان يحمل عدم الصحة الخ استبعده ابن عابدين وحقق ان المراد من قولهم البائن يلحق الصريح هو الصريح الرجعى فقط وحينئذ فلا اشكال فى فرع الخلاصة المذكور انظر تمامه فى آخر الكنايات من رد المحتار اه بحراوى

أخرى وفيه عن الذخيرة قال ان دخلت الدار فأنت بائن ثم قال ان كلمت زيدا فانت بائن ثم دخلت الدار وبانت ثم كلمت زيدا يقع أخرى (قوله وقع عليها طلاق آخر) لانه لا يمكن جعله خبرا لصحة التعليق قبله وعند وجود الشرط هى محل للطلاق فيقع وفيه خلاف زفر هو يقول المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط وجوابه ما بيناه زيلعى (قوله وعند زفر لا يقع) مر بيانه (قوله ومن أراد ضبط هذه المسائل) أى مسائل لحوق الطلاق وفيه ان هذا الضبط قاصر اذ لم يذكر فيه مسئلة الاستثناء والضابط الكل ما قيل

لحوقا أجز لا بائنا مع مثله * الا اذا علقته من قبله
الا بكل امرأة وقد خلع * وألحق الصريح بعد لم يقع

ثم اعلم ان الطلاق انما يلحق معتدة الطلاق اما معتدة الوطء فلا در عن الخلاصة (تتمة) كل فرقة هى فسخ من كل وجه كاسلام وردة مع لحاق وخيار بلوغ وعتق لا يقع الطلاق فى عدتها مطلقا وكل فرقة هى طلاق يقع الطلاق فى عدتها تنوير وشرحه والظاهر ان المراد من قوله مطلقا أى سواء كان الطلاق منجزا أو معلقا (فروع) زوج امرأته من غيره لم يكن طلاقا الا ان نوى * اذهبى وتزوجى يقع واحدة بلا نية * اذهبى الى جهنم يقع ان نوى وكذا اذهبى عنى وفسخت النكاح وأنت على كالميتة أو كلحم الخنزير درمختار (تنبيه) سئلت عن شخص قال على يمين لا افعل كذا ناويا الطلاق فهل اذا فعل المحلوف عليه يقع عليه الطلاق فأجبت بعدم وقوع الطلاق وان نواه وانما يلزمه كفارة يمين عند الحنث ففى النهر من باب الايلاء صرح بأن معنى قوله على يمين أى موجبها وهو الكفارة اه فاستبعد الجواب بعض علماء العصر ومال الى الوقوع مستندا لقولهم فى كنايته هى ما احتمل الطلاق وغيره فعند ذلك أحببت أن أضع رسالة أبين فيها ان ما ذكروه فى تعريف الكناية ليس على اطلاقه بل ينبغى تقييده بأنه بالنسبة للفظ يصح أن تخاطب به المرأة ويصلح لان يراد به انشاء الطلاق الذى أضمره أو يصلح للاخبار عنه بأنه قد أوقعه كقوله انت حرام اذ يحتمل ان يكون المراد لانى طلقتك ويحتمل أن يكون المراد انت حرام الصحبة والعشرة وكذا بقية الالفاظ كخلية لاحتماله الخلو عن قيد النكاح أو عن الخيرات وليس لفظ اليمين كذلك اذ لا يصح أن يخاطبها به بأن يقول لها أنت يمين فضلا عن أن يراد به انشاء الطلاق أو الاخبار عنه بأنه قد أوقعه حتى لو قال لها أنت يمين لانى طلقتك لم يصح وحينئذ فليس كل ما احتمل الطلاق يكون من كنايته بل بالقيدين السابقين وبقى قيد ثالث ينبغى اعتباره أيضا وهو ان يكون معنى اللفظ مسببا عن الطلاق وناشئا عنه كالحرمة بالنسبة لقوله أنت حرام فانها مسببة عن الطلاق وحينئذ فلا يرد ما ذكره فى البحر عن الامام من انه اذا قال لها لا أحبك أو لا اشتهيك أو لا رغبة لى فيك ناويا الطلاق لا يقع بخلاف فسخت النكاح اذا نوى به الطلاق ولم يحك صاحب البحر خلافا فى ذلك عن أحد من أصحاب الامام وانما حكى الخلاف عن غير أهل مذهبه كابن أبى ليلى ووجه عدم وقوع الطلاق بهذه الالفاظ مع صحة الخطاب بها واحتمالها للطلاق وان لم يذكره صاحب البحر هو ان معانى هذه الالفاظ التى هى عدم المحبة ونحوها ليست ناشئة عن الطلاق على ان الغالب انه بعد الطلاق يندم فينشأ بعده حدوث المحبة والشهوة والرغبة بخلاف الحرمة ونحوها فانها لا تنفك عن الطلاق فظهر الفرق فاذا لم يقع بنحو قوله لا رغبة لى فيك مع احتمال أن يكون المراد لانى طلقتك ففى لفظ اليمين بالاولى على ان اليمين ليست محتملة للطلاق أصلا وانما هى محتملة للحلف بالطلاق كاحتمالها الحلف بغيره ولم يوجد منه الحلف بالطلاق أصلا لا صريحا ولا كناية فكانت نية الطلاق لغوا ويؤيد ذلك أيضا انهم حصروا ألفاظ الكنايات فى ثلاثة أقسام ما يصلح جوابا لا غير كقوله أمرك بيدك ونحوه الثانى ما يصلح جوابا وردا كقوله أخرجى ونحوه الثالث ما يصلح جوابا وشتما كقوله خلية ونحوه ومن المعلوم ان لفظ يمين غير داخل تحت واحد من هذه الاقسام الثلاثة فلم يكن من كنايات الطلاق قطعا ومن هنا يستفاد قيد رابع للمسئلة هو كون اللفظ صالحا للجواب فقط أو للجواب والرد أو للجواب والشتم وليس لفظ اليمين صالحا لشئ مما ذكر اذا علمت هذا ظهر ان ما نقله بعضهم عن الطورى

قوله لحوقا أجز الخ صوابه كلا أجز كما فى الدر اذ لا يتزن البيت الا به اه

وقع عليها طلاق آخر وعند زفر لا يقع
ومن أراد ضبط هذه المسائل فليحفظ
هذا النظم * والمطلق قد تطلق *
والمطلق قد تبان * والمبانة قد تطلق
*والمبانة لا تبان *

قوله اذا علمت هذا الخ رده ابن عابدين فى حاشية الدر من أول باب الكنايات فراجعه اه

فى فتاواه من انه اذا قال أيمان المسلمين تلزمنى تطلق امرأته ان كان له امرأة خطأ فاحش ولهذا كثيرا ما سمعت من شيخنا يقول فتاوى الطورى كفتاوى الشيخ زين لا يوثق بها الا اذا تأيدت بنقل آخر والله أعلم

(باب تفويض الطلاق)

للزوجة أوغيرها صريحا كان التفويض أو كناية يقال فوض له الامر أى رده اليه حموى فالكناية قوله اختارى أو أمرك بيدك والصريح قوله طلقى نفسك لما ذكر ما يوقعه بنفسه بنوعيه ذكر ما يوقعه غيره باذنه وأنواعه ثلاثة تفويض وتوكيل ورسالة وألفاظ التفويض ثلاثة تخيير وأمر بيد ومشيئة درثم الضمير فى وأنواعه يعود على ما يوقعه الغير لا للتفويض والا يلزم تقسيم الشئ الى نفسه والى غيره وقوله لما ذكر ما يوقعه بنفسه الخ يشير الى ما ذكره فى النهر من المناسبة حيث قال لما كان الطلاق بولاية مستفادة من الغير على خلاف الاصل ذكره بعد بيان ما هو الاصل ولم يجعل له فصلا على حدة كصاحب الهداية لانه لم يسبقه شئ يفصل به عنه بخلاف الاخيرين فاكتفى فيه بالباب اه (قوله قال لها اختارى الخ) بدأ بالاختيار لثبوته بصريح الاخبار نهر قال فى البناية الاختيار من الخيرة على وزن عنبة وهو اسم من قولك اختاره الله وقال الجوهرى الخيار اسم من الاختيار وقال أيضا الاختيار الاصطفاء وقال تاج الشريعة الاختيار الميل الى الخير والى ما هو الافضل والاولى حموى واعلم انه اذا قال لها اختارى أو أمرك بيدك ينوى بهما الطلاق أوقال لها طلقى نفسك لا يصح رجوعه لانه تمليك لا توكيل وما فى الدرر من قوله لا يملك الزوج عزلها تعقبه نوح أفندى بأن الصواب أن يقول لا يملك الزوج الرجوع عن التفويض سواء كان بلفظ طلقى نفسك أو أمرك بيدك أو اختارى لان المستعمل فى التمليك هو الرجوع وأما العزل فانه يستعمل فى التوكيل لا غيراه (قوله ينوى به الطلاق) أى تفويض الطلاق دل على هذا المضاف عقد الباب له ولم يذكر الدلالة اكتفاء بما مر نهر والمراد بالدلالة حالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب وبه يستغنى عما ذكره بعض الافاضل من تقييده قول المصنف ينوى به الطلاق بحالة الرضى دون الغضب ومذاكرة الطلاق وانما كانت النية أو ما يقوم مقامها من الدلالة شرطا فى قوله اختارى وكذا فى امرك بيدك لانهما من كنايات التفويض وما فى الدرر من انهما من كنايات الطلاق فغير صواب كما سبق التنبيه عليه وتقدم عن البحران الدلالة انما تقوم مقام النية فى القضاء لا فى الديانة فاذا ادعى انه لم ينو باختارى ونحوه كامرك بيدك الطلاق يدين ولو فى حالة المذاكرة أو الغضب (قوله فاختارت) أى نفسها فلو اختارت زوجها لم يقع وخرج الامر من يدها ولو عطفت بأو فقالت اخترت نفسى أو زوجى لا يقع ولو كان بالواو فالاعتبار للمقدم ويلغو ما بعده ولو خيرها ثم جعل لها شيئا لتختاره فاختارته لم يقع ولا يجب المال لانه رشوة بحر ولو قالت اخترت نفسى لا بل زوجى وقع وما فى الاختيار من عدم الوقوع سهو نعم لو عكست لم يقع اعتبارا للمقدم وبطل أمرها وكذا لا يقع بقولها ألحقت نفسى بأهلى در (قوله فى مجلسها) أى مجلس علمها به مشافهة أو اخبارا وان طال يوما أو أكثر ما لم يوقته ويمضى الوقت قبل علمها درر والمراد من العلم الاعتقاد الراجح أعم من أن يكون ظنا أو يقينا حموى عن البرجندى ولو خيرها ثم قام هو لم يبطل بخلافها نهر (قوله بانت بواحدة) لان اختيارها نفسها به يتحقق لثبوت اختصاصها بنفسها فى البائن دون الرجعى زيلعى لتمكن الزوج من رجعتها بلا رضاها قال فى النهر ووضع المسئلة فى اختارى نفسك لانه لو قال لها اختارى الطلاق فاختارته فهى رجعية (قوله والقياس أن لا يقع شئ) وان نوى الزوج الطلاق لان التمليك فرع ملك المملك وهو لا يملك الايقاع بهذه اللفظة حتى لو قال اخترت نفسى منك أو اخترتك من نفسى ناويا لا يقع الا أنا استحسنا الوقوع باختيارها باجماع الصحابة رضى الله عنهم كما فى الفتح قال

العلامة

(باب تفويض الطلاق) (قال لها اختارى) حال كونه (ينوى به الطلاق فاختارت) المرأة (فى مجلسها بانت بواحدة) والقياس أن لا يقع شئ

العلامة نوح أفندى وهذا الاجماع اجماع سكوتى من قول بعضهم وسكوت غيرهم وما نقل من خلاف على لم يثبت اه (قوله وان نوى الزوج الطلاق) اراد بنية الطلاق نية تفويضه (قوله وانما قيد بالنية الخ) لانه من الكنايات ودلالة الحال قائمة مقامها قضاء لا ديانة والدلالة مذاكرة الطلاق والغضب والقول قوله مع اليمين فى عدم النية والدلالة وتقبل بينتها على اثبات الغضب والمذاكرة لا على النية الا اذا أقيمت على اقراره بها كما ذكره الولوالجى واذا لم يصدق قضاء لا يسعها الاقامة معه الا بنكاح مستقبل لانها كالقاضى بحر وقوله واذا لم يصدق قضاء لا يسعها الخ بان دلت الحال على ارادة الطلاق وادعى هو عدم نيته (تنبيه) لا بد من علمها بالتخيير حتى لو خيرها ولم تعلم به فاختارت نفسها لم تطلق عندنا كما لو تصرف الوكيل قبل العلم بالوكالة وقال زفر طلقت وان لم تعلم كالوصى لو تصرف قبل العلم بالوصاية شرنبلالية عن السراج (تتمة) قال خيرامرأتى لا تختار ما لم يخيرها بخلاف اخبرها بالخيار لاقراره به در (قوله ولم تصح نية الثلاث) بل تبين بواحدة ان قالت اخترت نفسى تنوير وشرحه وانما لا تصح نية الثلاث لان الاختيار ينبئ عن الخلوص وهو غير متنوع بخلاف البينونة لانها تتنوع الى غليظة وخفيفة فأيهما نوى صح وبخلاف الامر باليد لانه ينبئ عن التمليك وضعا بصفة العموم لقوله تعالى والامر يومئذ لله وقال تعالى ان الامر كله لله وهو مصدر والمصدر جنس يحتمل العموم والخصوص فاذا نوى الثلاث فقد نوى تمليك جميع ما يملك وهو محتمل لفظه فيجوز فان قيل كيف يعتبر تمليكا مع بقاء ملكه والشئ يستحيل ان يملك كله شخصان قلنا هذا تمليك الايقاع لا تمليك العين فلا يستحيل زيلعى (قوله فان قامت المخيرة الخ) وهذا اذا كان التفويض مطلقا وأما اذا كان موقتا فلا يبطل بالقيام ونحوه وانما يبطل بمضى الوقت وان لم تقم زيلعى (قوله أو أخذت فى عمل آخر) والمراد بالعمل ما يعلم به أنه قطع لما قبله لا مطلق العمل حتى لو شربت ماء لا يبطل خيارها لانها قد تشرب لتتمكن من الخصومة فان رطوبة الفم تذهب بالمشاجرة فلا تقدر على الكلام ما لم تشرب فلا يكون دليل الاعراض وكذلك اذا أكلت شيئا يسيرا من غير ان تدعو بطعام او لبست ثيابا من غير ان تقوم من ذلك المجلس او سبحت او قرأت آية لان ذلك عمل قليل زيلعى (قوله بطل التفويض) لانه تمليك فيبطل بما يدل على الاعراض من قيام او أخذ فى عمل آخر كسائر التمليكات بخلاف الصرف والسلم لان المبطل هناك الافتراق لا عن قبض دون الاعراض زيلعى ولو قال فان فعلت ما يدل على الاعراض بطل لكان أخصر وأفود نهر (قوله وذكر النفس الخ) و يشترط ذكر النفس متصلا وان انفصل فان كان فى المجلس صح والا فلا تنوير وانما شرط ذكر النفس لان قولها اخترت يحتمل نفسى ويحتمل زوجى فلا تطلق بالشك حموى عن باكير فان قلت فعلى هذا لا بد من ذكر النفس يعنى او ما يقوم مقامها فى كلامها الا فى كلامه اذ لا يقطع احتمال ارادتها اختيار زوجها وهو مناف لقول المصنف فى احد كلاميهما قلت اذا كانت فى كلامه فقد تضمن جوابها اعادته (قوله أو الاختيارة) عطف على ذكر النفس يعنى اذا لم يقع ذكر النفس فى أحد كلاميهما اصلا فالشرط ان يقع فى كلام الزوج لفظ الاختيارة وذلك ان التاء للوحدة واختيار المرأة نفسها اما يحتمل التوحد والتعدد دون اختيارها زوجها فصار مفسرا من جانبه كذا فى الهداية ودليله يقتضى ان لفظ الاختيارة لو وقع فى كلام الزوجة دون الزوج يقع الطلاق فان التفسير من جانبها أيضا معتبر مصرح به فى الكافى حموى عن البرجندى فظهر ان ما فى الهداية غير مخالف لما فى الكنز خلافا لمن توهم ذلك وعن هذا قال فى الدر والشرط ذكرها فى كلام أحدهما فلم يختص لفظ الاختيارة بكلام الزوج كما ظن اه (قوله او ما يكون كناية عن ذلك) كتكرار لفظ اختارى وكذا قولها اخترت أبى او أمى او أهلى او الازواج بخلاف اخترت قومى أو ذا رحم محرم وينبغى ان يحمل على ما اذا كان لها أب او أم اما اذا لم يكن ولها أخ فينبغى ان يقع لانها تكون عنده عادة فتح ولم أر ما لو قالت اخترت أبى او أمى وقد ماتا ولا أخ لها وينبغى ان يقع لقيام ذلك مقام اخترت نفسى نهر وفيه تأمل حموى ووجهه ما سبق عن الفتح من أنها اذا لم يكن لها أب او أم ولها أخ ينبغى ان يقع يعنى بقولها اخترت أخى لانها

وان نوى الزوج الطلاق وانما قيد بالنية لانه لو لم يكن له نية لا يقع شئ (ولم تصح نية) الزوج (الثلاث) وقال مالك تصح (فان قامت) المخيرة عن المجلس قبل الاختيار (او أخذت فى عمل آخر) غير الاختيار (بطل) التفويض حتى لا يجوز لها ان تطلق نفسها بذلك الامر (وذكر النفس) او التطليقة (او الاختيارة) او ما يكون كناية عن ذلك

تكون عنده عادة اذ تعليله بهذا يشير الى ان ذكر الاب او الام انما أقيم مقام ذكر النفس لانها تكون عندهما وذا انما يكون حال حياتهما الا مطلقا فتدبر (قوله فى احد كلاميهما شرط) لانه انما عرف كونه طلاقا باجماع الصحابة وهو فى المفسر من احد الجانبين وهذا لان قولها اخترت مبهم فلا يصلح تفسير الابهام زيلعى أى وقوع الطلاق بلفظ الاختيار باجماع الصحابة فى اللفظة المفسرة من احد الجانبين لا فى اللفظة المبهمة من الجانبين جميعا بناية (قوله وان خرج الكلام منهما مجملا الخ) قال فى الفتح والايقاع بالاختيار على خلاف القياس فيقتصر على مورد النص ولولا هذا لامكن الاكتفاء بتفسير القرينة الحالية دون المقالية بعد ان نوى الزوج وقوع الطلاق به وتصادقا عليه لكنه باطل والا لوقع بمجرد النية مع لفظ لا يصلح له كاسقينى اه ومنه تعلم ما فى كلام الشارح من قوله واعلم أن هذا اذا لم يصدق الزوج الخ فانه عزاه فى النهر الى الفوائد التاجية ثم قال وذكره فى العناية بقيل وفيه ايماء الى ضعفه وهو الحق اه (قوله تطلق طلقة واحدة) يعنى بائنة نهر (قوله والقياس ان لا تطلق فى الاولى) لان قولها انا أختار نفسى يحتمل الوعد فلا يكون جوابا مع الاحتمال وجه الاستحسان اجماع الصحابة ولان الشرع جعل هذا ايجابا وجوابا لما روى انه لما نزل قوله تعالى يا أيها النبى قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها الآية بدأ عليه السلام بعائشة فقال انى أخبرك بشئ فما عليك ان لا تجيبينى حتى تستأمرى أبويك ثم اخبرها بالآية فقالت أفى هذا استأمر أبوى يا رسول الله لا بل اختار الله ورسوله وأرادت بذلك الاختيار للحال وعده عليه الصلاة والسلام جوابا وايجابا كذا فى الاختيار ولان الصيغة غلب استعمالها فى الحال كما فى كلمة الشهادة وأداء الشاهد الشهادة يقال فلان يختار كذا يريد به تحقيقه فيكون حكاية عن اختيارها فى القلب بخلاف قولها انا اطلق نفسى يعنى فى جواب قوله طلقى نفسك لانه لا يمكن ان يجعل حكاية عن تطليقها فى تلك الحالة لعدم تصوره لان الطلاق فعل اللسان فلا يمكنها ان تنطق به مع نطقها بهذا الخبر بخلاف الاختيار لانه فعل القلب فلا يستحيل اجتماعهما زيلعى (قوله وان قال لها اختارى اختارى اختارى) بلا عطف او معه واوا كان او فاء او ثم (قوله فقالت اخترت الطلقة الاولى الخ) الصواب حذف الطلقة لاجماعهم انها لو قالت اخترت التطليقة الاولى يقع واحدة بلا خلاف كما فى النهر وغيره وانما الخلاف فى قولها اخترت الاولى ونحوها كقولها الوسطى او كقولها الاخيرة وأوردها الزيلعى فى مقام الاستشهاد لقول الصاحبين وصرح العينى بوقوع الواحدة بها اجماعا بقى ان المراد من قول المصنف فقالت اخترت الاولى الخ انها اختارت احداها بان قالت اخترت الاولى واقتصرت او الوسطى واقتصرت أو الاخيرة مقتصرة كما فى متن النقاية وفى البحر ما يخالفه من ذكر المجموع المشتمل على الالفاظ الثلاثة شيخنا والحاصل انه وجد فى كلام صاحب البحر ما يعين انها ذكرت المجموع المشتمل على الالفاظ الثلاثة بدليل قوله قيد بقوله اخترت الاولى وما عطف عليه الخ والذى يظهر ان الحكم اعنى وقوع الثلاث عنده خلافا لهما لا يختلف سواء صورنا الجواب منها بما ذكره فى متن النقاية او بما ذكره فى البحر (قوله بلا نية من الزوج) لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار فى حق الطلاق هو الذى يتكرر در وهذا رأى الشهيد وعليه جرى المصنف تبعا للهداية لانه لم يشترطها فى الجامع الصغير وشرطها فى الزيادات والجامع الكبير قال الاتقانى وهو الظاهر واختاره أبو المعين النسفى وقاضيخان وقال فى الفتح وهو الوجه لان تكرار امره بالاختيار لا يصيره ظاهرا فى الطلاق لجواز ان يريد اختارى فى المال او اختارى فى المسكن ونحوه وبهذا تبطل تلك المقدمة القائلة ان الاختيار فى حق الطلاق هو الذى يتكرر نهر والحاصل ان المعتمد رواية ودراية اشتراطها دون اشتراط ذكر النفس بحر ومال الشيخ قاسم الى عدم الاحتياج للنية فى القضاء وأما فى الوقوع فيما بينه وبين الله تعالى فتشترط النية (قوله وعندهما تطلق واحدة فى غير اخترت اختيارة) واختاره الطحاوى وفى الحاوى القدسى وبه نأخذ شرح تنوير ولو قالت اخترت اختيارة او الاختيارة أو مرة او بمرة أو دفعة أو بدفعة واحدة او اختيارة واحدة يقع ثلاث فى قولهم جميعا زيلعى لما فى الاولى ان ذكر الاولى وما جرى مجراه

(فى أحد كلاميهما شرط) حتى لو قال لها اختارى فقالت اخترت كان باطلا ولو قال لها اختارى نفسك فقالت اخترت يقع واحدة بائنة ولو قال لها اختارى اختيارة فقالت اخترت تقع واحدة بائنة واعلم ان هذا اذا لم يصدق الزوج أنها اختارت نفسها اما اذا صدقها فانه يقع الطلاق بتصادقهما وان خرج الكلام منهما مجملا بدون هذه الالفاظ (وان قال لها اختارى فقالت أنا أختار نفسى أو اخترت نفسى تطلق) طلقة واحدة ان نوى الزوج الطلاق استحسانا والقياس ان لا تطلق فى الاولى (وان قال لها اختارى اختارى اختارى فقالت اخترت) الطلقة (الاولى او الوسطى او الاخيرة او) قالت (اخترت اختيارة) فقد (وقع الثلاث بلا نية) من الزوج عند أبى حنيفة وعندهما تطلق واحدة فى غير اخترت اختيارة

ان كان لا يفيد من حيث الترتيب فيفيد من حيث الافراد وله ان هذا الوصف لغو لان المجتمع فى الملك لا ترتيب فيه والكلام للترتيب والافراد من ضروراته فاذا الغا فى حق الاصل لغا فى حق التبع فيبقى قولها اخترت وهو يصلح جوابا للكل نهر وقوله لان المجتمع فى الملك أى ملك المرأة والمعنى ان الطلقات الثلاث اجتمعت فى ملك المرأة كالاجتماع فى مكان بلا وصف ترتيب فلا سبق ولا توسط ولا تأخر شيخنا وقوله فاذا الغا فى حق الاصل أى اصل الكلام الذى هو الترتيب لغا فى حق التبع الذى هو الافراد شيخ حسن فان قلت قوله فى شرح الدرر بعد قول الماتن ولو ثلثها أى ذكر لفظ اختارى ثلاث مرات فقالت اخترت اختيارة أو قالت اخترت الاولى او الوسطى أو الاخيرة فثلاث اما وقوع الثلاث فى الاولى فقول أبى حنيفة وقالا تطلق واحدة مخالف لما سبق من كلام الشارح وهو قوله وعندهما تطلق واحدة فى غير اخترت اختيارة لاقتضائه ان وقوع الثلاث فى قولها اخترت اختيارة مجمع عليه لا خلاف فيه للصاحبين وانما الخلاف فى قولها اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة كما هو صريح كلام بقية شراح الكنز وهو عكس ما يفهم من قوله فى الدرر أما وقوع الثلاث فى الاولى فقول أبى حنيفة الخ قلت لا تخالف بينهما بوجه فى الحقيقة وليس المراد من قوله اما وقوع الثلاث فى الاولى الخ أى المسئلة الاولى التى هى قولها اخترت اختيارة كما هو منشأ توهم هذه المخالفة وانما المراد بالاولى قولها اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة ولو زاد على قوله فى الاولى ونحوها كالوسطى لزال هذا الايهام (تتمة) اذا كان التخيير بمال والمسئلة بحالها وقع الثلاث عند الامام ولزمها المال كله سواء كان التخيير بعطف أولا لانه لما الغا الوصف عنده لم يختلف الجواب وعندهما ان كان بعطف لم يقع شئ الا اذا أوقعت الثلاث لان الكل تعلق بالمال فلو وقع كما أوقعته لوقع بثلث المال المشترط وهو لم يرض بالبينونة الا بالكل وان كان بغير عطف تعلقت الاخيرة بالمال كالشرط والاستثناء زيلعى (قوله ولو قالت فى جواب قوله اختارى ثلاثا) قال المولى زكريا لا حاجة الى قوله ثلاثا كما هو الظاهر من سائر الكتب اه قال العلامة عزمى وهو حق لا محيد عنه اه ولهذا قال ابن يونس ولو قالت فى جواب قوله اختارى سواء ذكره مكررا أو لم يذكره مكررا اه (قوله بانت بواحدة) لان العامل فيه تخيير الزوج لا ايقاعها درر (قوله والصواب انه لا يملك الرجعة) لان المرأة انما تتصرف حكما للتفويض والتفويض بطلقة بائنة لكونه من الكنايات فتملك الابانة لا غير فقيل فيه روايتان احداهما وقوع واحدة رجعية لان لفظها صريح ذكرها صدر الاسلام فى الجامع الصغير والاخرى وقوع البائنة وهذا أصح كذا فى الدرر لكن لو أبدل الفاء من قوله فقيل فيه روايتان بالواو لكان أولى شيخنا عن نوح أفندى (قوله أمرك بيدك) الامر هنا بمعنى الحال واليد بمعنى التصرف كما فى المصباح بحر (قوله فى تطليقة) قيد به لانه لو قال تطلق نفسك أو لتطلقى نفسك أو حتى تطلقى فطلقت فهى بائنة نهر كما لو قال أمرك بيدك لو لم تصل نفقتى اليك فطلقى نفسك متى شئت فلم تصل فطلقت كان بائنا لان لفظة الطلاق لم تكن فى نفس الامر در مختار (قوله طلقت طلقة واحدة رجعية) لانه جعل الاختيار اليها لكنه بتطليقة وهى معقبة للرجعة فان قيل قوله أمرك بيدك او اختارى يفيد البينونة أجيب بانه لما قرنه بالصريح علم انه رجعى كما لو قرن الصريح بالبائن فى قوله أنت طالق بائن حيث يقع البائن درر وغيرها واعلم ان الطلاق الصريح لا يصير بائنا بمجرد النية كما ان البائن لا يصير رجعيا بمجرد النية وان كان قوله علم انه رجعى الخ يوهم ذلك

(فصل) فى الامر باليد (قوله ولو قال لامرأته) ولو صغيرة لانه كالتعليق (قوله ينوى به ثلاثا) قيد بنية الثلاث لانه لو نوى واحدة أو ثنتين وكانت حرة أو لم ينو شيئا وقعت واحدة ولو طلقت ثلاثا فقال الزوج ما نويت الا واحدة حلف كما فى النهر عن الفتح قال الا أن يكون فى حالة الغضب أو مذاكرة الطلاق فلا يصدق انه لم يردها اه اى لم يرد الثلاث وانظر وجه عدم تصديقه انه لم يرد الثلاث اذا طلقت ثلاثا فقال ما نويت الا واحدة فى حالة الغضب او مذاكرة الطلاق مع ان هذه الدلالة لا تستلزم ارادة الثلاث اذ غايته

(ولو قالت) فى جواب قوله اختارى ثلاثا (طلقت نفسى أو اخترت نفسى بتطليقة بانت بواحدة) وذكر فى الهداية فهى واحدة يملك الرجعة ومثله فى بعض نسخ الجامع الصغير والصواب انه لا يملك الرجعة وكذا ذكر فى الجامع الكبير (ولو قال) لامرأته (أمرك بيدك فى تطليقة أو) قال لها (اختارى تطليقة فاختارت نفسها) بأن قالت قد اخترت نفسى (طلقت طلقة رجعية)

(فصل) فى الامر باليد (ولو قال) لامرأته (أمرك بيدك) حال كونه (ينوى) به ثلاثا

فقالت اخترت نفسى بواحدة وقعن) قوله بواحدة أى بمرة واحدة والتقييد باليد اتفاقى حتى لوقال أمرك فى كفك أو يمينك أو شمالك أو فمك أو لسانك لاختلاف الحكم (وفى) قولها (طلقت نفسى بواحدة او اخترت نفسى بتطليقة بانت بواحدة) واعلم ان حكم الامر باليد كالحكم فى التخيير فى حق الاقتصار على المجلس وفى انه لا يقع الطلاق فيه بلا نية الا انه اذا نوى ثلاث تطليقات هنا صح (ولا يدخل الليل فى) قوله لامرأته (أمرك بيدك اليوم وبعد غد) فلا يكون الليل وقتا للاختيار حتى لو اختارت نفسها فى الليل لا يقع الطلاق (وان ردت) المخيرة (الامر فى يومها) فى هذه المسئلة (بطل أمر ذلك اليوم وكان) الامر (بيدها بعد الغد) وقال زفر يبطل الامر أصلا (وفى) قوله (أمرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل) فى ذلك ويكون وقت الاختيار ممتدا الى غروب الشمس من الغد (وان ردت) المخيرة (فى يومها) فى هذه المسئلة

ما يستفاد منها نية أصل تفويض الطلاق لا بقيد كونه ثلاثا فالظاهر انه اذا أنكر نية الثلاث وادعى انه لم ينو الا الواحدة أن يصدق بيمينه ولو فى حالة الغضب أو مذاكرة الطلاق واعلم ان وقوع الطلقة الواحدة فيما اذا لم ينو شيئا كما سبق عن النهر معزيا للفتح مستشكل أيضا قلت قال الحموى يحتمل أن يكون قوله أو لم ينو شيئا أى لم ينو تفويض الثلاث والثنتين والواحدة بل نوى مطلق التفويض فحينئذ يقع بقولها اخترت نفسى بواحدة واحدة بائنة لا بقوله أمرك بيدك اه ويحتمل عدم نية التفويض من أصله وهذا الاحتمال هو المتبادر من قوله أو لم ينو شيئا وحينئذ فوقوع الطلاق به محمول على ما اذا دلت الحال على الطلاق لانه مما يصلح للجواب فقط كذا ذكره شيخنا أى قوله لها أمرك بيدك يصلح للجواب فقط فتحصل من مجموع كلام شيخنا والسيد الحموى انه يشترط لوقوع الطلاق هنا أحد أمرين النية أو دلالة الحال خلافا لظاهر قول الزيلعى وانما صح نية الثلاث لانه جنس يحتمل العموم والخصوص فأيهما نوى صحت نيته وان لم ينو شيئا ثبت الاقل الخ (قوله فقالت اخترت نفسى) وذكر النفس خرج مخرج الشرط حتى لو لم تذكرها لا يقع كما لا يقع فى جواب التخيير الا به زيلعى ويقوم مقام ذكر النفس ما ذكره فى النهر من قولها اخترت أمرى أو قبلت نفسى أو قال أبوها قبلتها كما فى الخلاصة وينبغى أن تقيد مسئلة الاب بالصغيرة ولو قالت فى جواب الامر باليد أنت على حرام أو أنت منى بائن أو أنا منك بائن كان جوابا لان هذه الالفاظ تفيد الطلاق وكذا لو قالت أنا منك طالق أو أنا طالق بخلاف أنت منى طالق اه (قوله وقعن) لان الاختيار يصلح لجواب الامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير والواحدة صفة الاختيارة فصارت كانها قالت اخترت نفسى بمرة واحدة وبه يقع الثلاث درر (قوله أى بمرة واحدة) عبارة الزيلعى وقولها بواحدة أى باختيارة واحدة بطريق اقامة الصفة مقام الموصوف اه (قوله وفى قولها طلقت نفسى الخ) أى فى جواب قول الزوج أمرك بيدك وذكر النفس فى قولها طلقت نفسى فى جواب الامر باليد شرط حتى لو قال لها أمرك بيدك فقالت طلقت ولم تقل نفسى لم يقع شئ زيلعى وقوله فى جواب قول الزوج أمرك بيدك يعنى ونوى لانه من الكنايات ودلالة الحال من مذاكرة الطلاق والغضب كالنية (قوله بانت بواحدة) لما ذكرنا أن المعتبر تفويض الزوج لا ايقاعها فتكون الصفة المذكورة فى التفويض مذكورة فى الجواب ضرورة الموافقة زيلعى (قوله الا انه اذا نوى ثلاث تطليقات الخ) لان الامر باليد تمليك فيملك تمليك ما يملكه قياسا واستحسانا بخلاف التخيير لان وقوع الطلاق به على خلاف القياس لاجماع الصحابة فكان ضروريا زيلعى (قوله حتى لو اختارت نفسها فى الليل لا يقع الطلاق) لان كل واحد من اليومين ذكر مفردا واليوم المفرد لا يتناول الليل فكان الامر بيدها فى وقتين منفصلين زيلعى (قوله وان ردت الامر الخ) الاولى ذكره بطريق التفريع على ما تقدم من قوله ولا يدخل الليل (قوله بطل أمر ذلك اليوم) لانه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسه لا يتناوله الامر حموى قيد بقوله اليوم لانه لو قال فى اليوم تقيد بمجلسها نهر وظاهره انه يتقيد بمجلسها بالاتفاق من أبى حنيفة وصاحبيه وهو مشكل على قولهما فانهما لا يفرقان بين وجود فى وعدمه الا ان يكون هذا مستثنى حموى (قوله وكان الامر بيدها بعد الغد) لانه لما ثبت انهما أمران منفصلان لانفصال وقتهما ثبت لها الخيار فى كل من الوقتين على حدة فبرد أحدهما لا يرتد الآخر درر (قوله وقال زفر يبطل الامر أصلا) لانهما أمر واحد لانه عطف أحد الوقتين على الآخر من غير تكرار لفظ الامر فيكون أمرا واحدا كقوله اليوم وغدا وكقوله أنت طالق اليوم وبعد غد قلنا الامر باليد يحتمل التوقيت فلا حاجة الى ادخال ما لم يدخل فى اللفظ مقصودا ولا تبعا فكانا أمرين ضرورة الانفصال بخلاف الطلاق لانه لا يحتمل التوقيت فجاز أن يوصف فى اليوم وبعد غد بطلاق واحد فلا حاجة الى ايقاع طلاق آخر لبقاء الاول الى الوقت الثانى وبخلاف قوله اليوم وغدا على ما يأتى من الفرق زيلعى (قوله يدخل الليل فى ذلك الخ) لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الامر فكان أمرا واحدا الا ان تخلل الليلة لا يفصلهما لا يقال ان اليوم ذكر مفردا فوجب أن لا يتناول

(لم يبق) الامر بيدها (فى الغد) أيضا وعن أبى حنيفة انها اذا ردت الامر فى اليوم لها أن تختار نفسها غدا وعن أبى يوسف فى الامالى انه اذا قال لامرأته أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غدا انهما أمران حتى اذا اختارت زوجها اليوم ثم جاء الغد صار الامر بيدها وهو صحيح (ولو مكثت) المرأة (بعد التفويض يوما) أو أكثر منه (ولم تقم) أى لم تأخذ فى عمل آخر (أو جلست عنه) أى عن القيام (أو اتكأت عن قعود أو عكست) بأن كانت متكئة فقعدت (أو دعت أباها للمشورة أو) دعت (شهودا للاشهاد أو كانت على دابة فوقفت) أو نزلت (بقى خيارها) ثم هذا اذا كانت حاضرة فان كانت غائبة يعتبر مجلس علمها وانما قيد بقوله ولم تقم لانها اذا قامت أو أخذت فى عمل آخر خرج الامر من يدها كامر وفى رواية اذا كانت قاعدة فاتكأت بطل خيارها ولو كانت قاعدة فاضطجعت بطل خيارها عند زفر وهو رواية عن أبى يوسف (وان سارت) الدابة بعد التفويض (لا) يبقى الخيار

الليل كالمسئلة الاولى لانا نقول الجمع بينهما بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فصار كقوله أمرك بيدك يومين ولا يمكن ذلك فى المسئلة الاولى لتخلل وقت من جنسهما لم يدخل تحت اللفظ وهنا امكن لعدمه حتى لو قال هناك أيضا أمرك بيدك اليوم وغدا وبعد غد كان أمرا واحدا لما قلنا زيلعى (قوله لم يبق الامر بيدها فى الغد أيضا) لانه أمر واحد فلا يبقى لها الخيار بعد الرد كما اذا قال لها أمرك بيدك اليوم فردته فى اول النهار لا يبقى لها الخيار فى آخره درر (قوله وعن أبى حنيفة انها اذا ردت الخ) لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع والجامع عدم اشتراط القبول فيهما فى المجلس فصار بمنزلة قيامها عن المجلس واشتغالها بعمل آخر وجه الظاهر ان المدة كلها بمنزلة المجلس فيما لم يذكر الوقت فيه لكونه امرا واحدا وهناك لم يثبت لها الخيار بعد الرد فكذا هنا ولان من له الخيار بين شيئين اذا اختار أحدهما لا يكون له خيار الآخر ألا ترى انها لو اختارت نفسها اليوم ليس لها ان تختار زوجها غدا فكذا هذا زيلعى (قوله وهو صحيح) لاستقلال كل واحد من الكلامين فلا حاجة الى الارتباط بما قبله وذكر قاضيخان هذه المسئلة ولم يذكر فيها خلافا زيلعى قال الكمال فلم يبق تخصيص ابى يوسف الا انه المخرج للفرع المذكور قال فى النهر ويتفرع عليه عدم جواز اختيارها نفسها ليلا وفى جامع التمرتاشى امرك بيدك اليوم غدا بعد غد امر واحد فى ظاهر الرواية ولو قال امرك بيدك اليوم كان لها الخيار الى غروب الشمس ولو قال امرك بيدك فى اليوم كان لها الخيار فى المجلس فاذا قامت بطل وهو كقوله انت طالق غدا وفى غد (قوله ولو مكثت بعد التفويض يوما الخ) اذا لم يوجد ما يدل على الاعراض اتقانى (قوله اى لم تأخذ فى عمل آخر الخ) اشار الشارح الى ان المراد بالقيام المنفى فى كلام المصنف ما يدل على الاعراض لا خصوص قيامها ولو اقامها او جامعها مكرهة بطل لتمكنها من الاختيار وهذا اذا كان التفويض مطلقا واما اذا كان موقتا فلا يبطل بالقيام ونحوه وانما يبطل بمضى الوقت وان لم تقم زيلعى (قوله للمشورة) قال فى المصباح شاورته واستشرته والاسم المشورة وفيها لغتان سكون الشين وفتح الواو وضم الشين وسكون الواو اه وظاهر كلامه ان اللغتين على حد سواء وليس كذلك فقد نقل الحموى عن ابن الشلبى المشورة بوزن المعونة هى اللغة الفصيحة الصحيحة وفيها لغة اخرى مشورة كقسورة (قوله اوشهود الاشهاد) اذا لم يكن عندها من تشهده سواء تحولت من مكانها او لا فى الاصح درر من التفويض وانما لا يبطل التفويض بالاستشارة او الاشهاد لان الاستشارة لتحرى الصواب ولهذا امر عليه الصلاة والسلام عائشة بمشاورة والديها قبل ان تجيبه والاشهاد للتحرز عن الجحود فصار دليل الاقبال زيلعى (قوله او كانت على دابة فوقفت) الدابة بايقافها او اتفاقا نهر وفيه انه لا يقال وقفت الدابة اذا كان وقوفها بايقافها ولهذا قالوا اذا قال ان لبست هذا القميص احدا لم يدخل فيه الحالف لان الشرط الالباس وفعله لا يسمى الباسا بل يسمى لبسا حموى (قوله بقى خيارها) لانه لم يوجد منها ما يدل على الاعراض ولهذا لم يبطل فيما لو نامت قاعدة او كانت تصلى مكتوبة او وترا فاتمتها او سنة مؤكدة على الاصح او كانت فى نافلة فاتمتها ركعتين او ابست من غير قيام او اكلت او شربت او قرأت قليلا او سبحت نهر (قوله يعتبر مجلس علمها) فان قلت انه عليه السلام لم يقيد الخيار بالمجلس لانه قال لعائشة فلا تجيبينى حتى تستشيرى ابويك لان الاستشارة معهما لا تكون الا بعد المشى اليهما قلت ان اجماع الصحابة حجة وقول الرسول ليس فيه دلالة على عدم التقييد بالمجلس اذ يمكنها الاستشارة وهى فى مجلسها ولئن سلمنا عدم التقييد يحمل على انه عليه السلام اثبت لها الخيار ممتدا وله ولاية ان يشرع الحكم مطلقا ومقيدا فكانت عائشة رضى الله عنها مخصوصة بامتداد الخيار الى الاستشارة كذا فى البناية (قوله وفى رواية اذا كانت قاعدة فاتكأت بطل خيارها) لانه اظهار التهاون بما خيرها والاصح الاول زيلعى (قوله ولو كانت قاعدة فاضطجعت الخ) مخالف لما فى النهر حيث قيد البطلان بما اذا هيأت الوسادة كما يفعل للنوم ثم قال وقيل لا يبطل مطلقا اه وعزاه الى الخلاصة (قوله وان سارت لا) لان سيرها مضاف اليها لان الدابة تسير باختيار راكبها ولو اختارت مع سكونه

والدابة تسير طلقت لانه لا يمكنها الجواب باسرع من ذلك فلم يوجد تبدل المجلس حكما ولا فرق بين ان يكون الزوج معها على الدابة او المحمل اولا يكون وفى المحمل يقوده الجمال وهما فيه لا يبطل زيلعى و وجهه كما فى البحرانه فى هذه الحالة كالسفينة واعلم ان ما جزم الزيلعى به من انها اذا اختارت مع سكونه والدابة تسير طلقت الخ حكاه فى النهر بقيل فدل على ضعفه واعلم ان قول الزيلعى وفى المحمل يقوده الجمال الخ مخالف لما ذكره اولا من قوله ولا فرق بين ان يكون الزوج معها على الدابة او المحمل ثم ظهر ان ما ذكره أولا يحمل على ما اذا كان لا يقوده الجمال (قوله والفلك كالبيت) لان جريان السفينة لا يضاف الى راكبها لعدم قدرته على الايقاف والتسيير وعن ابى يوسف ان السفينة اذا كانت واقفة فسارت بطل خيارها زيلعى (فــــرع) قال ان تزوجت عليك امرأة فامرها بيدك فزوجه الفضولى وأجاز بالفعل ليس لها ان تطلقها ولو قال ان دخلت امرأة فى نكاحى فلها ذلك بحر عن القنية

(فصل فى المشيئة) اعلم ان المناسب للترجمة الابتداء بمسئلة فيها ذكر المشيئة عناية وأجاب فى الحواشى السعدية بان ما ذكر فيه المشيئة منزل بمنزلة المركب من المفرد يعنى والمفرد يسبق المركب فكذا ما نزل منزلته نهر (قوله ولم ينو أو نوى واحدة) لو عكس العبارة بان قال ونوى واحدة أو لم ينوا واقتصر على قوله ولم ينو لكان اولى لانه اذا طلقت واحدة مع عدم النية فمع نيتها بالاولى (قوله وان طلقت ثلاثا الخ) ولا فرق بين ايقاعها بلفظ واحد او متفرقا ولو قالت فعلت وقد نوى الثلاث وقعن نهر عن الخانية (قوله وقد نواه) أشار بتقدير قد الى ان الجملة حالية وقيد المصنف بنية الثلاث لانه لو نوى واحدة لم يقع شئ عند أبى حنيفة وعندهما يقع واحدة حموى عن الزيلعى (قوله وقعن) لان قوله طلقى نفسك معناه افعلى فعل التطليق قيد بخطابها لانه لو قال لها طلقى أى نسائى شئت او أمر نسائى بيدك فطلقت نفسها لم يقع نهر عن الخانية و وجهه كما ذكره شيخنا أنها لا تدخل تحت عموم خطابه بخلاف ما اذا قال ان فعلت كذا فنسائى طوالق ففعلت وقع عليها الطلاق وعلى غيرها لانها معرفة فى النية فجاز ان تدخل تحت الجزاء وتكون منكرة فى الجزاء أما ههنا فلا يتصور ان تكون منكرة ومعرفة فى تفويض واحد حموى عن الحصيرى وفى الخانية طلقى نفسك ثلاثا ان شئت فقالت أنا اطلق او قد شئت ان أطلق نفسى كان باطلا (قوله لان الزوج لو نوى ثنتين لا تصح نيته) يعنى و يقع واحدة لان قوله طلقى معناه افعلى طلاقا والطلاق لفظ فرد يحتمل الواحد الاعتبارى وهو الثلاث لانه تمام الجنس كما مر لا العدد المحض وهو ثنتان زيلعى ودرر (قوله الا ان تكون المرأة أمة) لانه جنس طلاقها و ينبغى ان يكون فى نية الثنتين فى الحرة خلاف زفر فان نية العدد عنده صحيحة حموى عن البرجندى (قوله و بأبنت نفسى الخ) او طلقت نفسى طلاقا بائنا نهر و يتوقف على اجازته اذا قالت أبنت نفسى بحر أى يتوقف وقوع الرجعى بقولها أبنت على اجازته لانه كناية كما فى الدر (قوله فيما اذا قال لها طلقى نفسك) او زاد تطليقة رجعية نهر وفى البحر عن البدائع ولا فرق بين قوله طلقى نفسك وقوله طلقى نفسك تطليقة رجعية الخ وما فى شرح الحموى بخطه من قوله و بقولها أبنت نفسى جوابا لقوله طلقى نفسك وأراد تطليقة رجعية الخ صوابه او زاد (قوله لا باخترت) وخرج الامر من يدها والفرق ان الابانة من الفاظ الطلاق التى تستعمل فى ايقاعه كناية فقد أجابت بما فوض اليها غير انها زادت فيه وصفا فيلغو بخلاف الاختيار اذ ليس هو من الصريح ولا من الكناية ومن ثم لو قالت أبنت نفسى توقف على اجازته وفى اخترت لا تلحقه الاجازة بل يبطل نهر ولان وقوع الطلاق به على خلاف القياس عرف باجماع الصحابة اذا كان جوابا للتخيير زيلعى اوللامر باليد لانه هو التخيير معنى فيثبت جوابا له بدلالة نص اجماعهم على التخيير لان قوله امرك بيدك ليس معناه الا انك مخيرة فى أمرك الذى هو الطلاق بين ايقاعه وعدمه فهو مرادف للتخيير بلفظ التخيير للعلم بان خصوص اللفظ ملغى بحر فيقتصر على مورده وقوله طلقى ليس بتخيير فيلغو (قوله وعن ابى حنيفة انه لا يقع بقولها أبنت نفسى) لانها أتت بغير ما فوض اليها اذ المفوض اليها الطلاق

والابانة

(والفلك كالبيت) وجريانه لا يبطل خيارها (فصل) فى المشيئة (ولو قال لها طلقى نفسك ولم ينو او نوى واحدة فطلقت) طلقة رجعية وان طلقت ثلاثا) فيما اذا قال طلقى نفسك (و) قد (نواه وقعن) قيد بالثلاث لانه لو نوى الزوج ثنتين لا تصح نيته الا ان تكون المرأة أمة (و بأبنت نفسى) فيما اذا قال طلقى نفسك (طلقت) طلقة رجعية (لا باخترت) وعن أبى حنيفة انه لا يقع بقولها أبنت نفسى (و) لو قال لها طلقى نفسك

والابانة تخالفه فكان اعراضا منها فيبطل خيارها به زيلعى (قوله لا يملك الرجوع عنه) أى التفويض بانواعه الثلاث لما فيه من معنى التعليق در فباعتبار التمليك تقيد بالمجلس وباعتبار التعليق لم يصح الرجوع عنه ولا عزلها ونهيها ولو طلقت نفسها بعد جنونه قال فى النهر قال محمد كل شئ يملك الزوج ان يرجع عن كلامه يبطل بالجنون وكل شئ لم يكن له ان يرجع عن كلامه لم يبطل به وقوله فى الدر بانواعه الثلاث يعنى سواء كان بلفظ التخيير او الامر باليد او طلقى نفسك كما فى البحر (قوله وتقيد الامر بمجلسها) لانه تمليك (قوله الا اذا زاد متى شئت) لانها لعموم الاوقات فصار كانه قال فى أى وقت شئت (قوله ولو قال لرجل طلق امرأتى الخ) أطلق الرجل فشمل ما اذا فوضه لصبى لا يعقل او مجنون فذلك اليه ما دام المجلس لان هذا تمليك فى ضمنه تعليق فان لم يصح باعتبار التمليك يصح باعتبار معنى التعليق فصححناه باعتبار التعليق فكانه قال ان قال لك المجنون انت طالق فأنت طالق وباعتبار معنى التمليك يقتصر على المجلس عملا بالشبهين بحر عن المحيط لكن سيأتى انه لابد من التقييد بالعقل فى كلام المصنف أى فى قوله ولو قال لرجل الخ بقى ان يقال فى شمول الرجل للصبى نظر لان الرجل اسم للبالغ فلو قال ليس الرجل قيدا بل كذا الحكم لو كان صبيا كما فى المحيط لكان صوابا (قوله لم يتقيد بالمجلس) لانه توكيل محض لا يشوبه تمليك ولا تعليق ولهذا كان له الرجوع كما ذكره الشارح ولو قال له طلقها ان شاءت لا يصير وكيلا ما لم تشأ ولها المشيئة فى مجلس علمها فان شاءت وصار وكيلا فلو طلقها فى المجلس وقع ولو قام عن مجلسه بطل التوكيل وهو الصحيح لان ثبوت الوكالة بالطلاق بناء على ما فوض اليها من المشيئة ومشيئتها تقتصر على المجلس فكذا الوكالة نهر عن الخانية (قوله وللزوج ان يرجع عنه) الا اذا قال وكلما عزلتك فأنت وكيلى فانه لا يقبل الرجوع و يصير لازما كما فى الخلاصة وغيرها نهر (قوله فيجوز ان يطلق فى المجلس لا بعده) لا يخفى ما فى العبارة من الخلل فان بين التعميم بالجواز و بين قوله لا بعده منافرة والجواب ان الجواز فى كلامه مقيد بجانب العدم لان الجواز فى كلامهم ٢ على ثلاثة اقسام قسم مقيد بجانب الوجود وهو عدم الامتناع وقسم مقيد بجانب العدم وهو الوجوب وقسم غير مقيد باحد الجانبين وهو الامكان بالمعنى الخاص حموى (قوله فصار تمليكا لا توكيلا) فيتقيد بالمجلس لانه تمليك معنى لانه فوض الامر الى رأيه والمالك هو الذى يتصرف عن مشيئته وأما الوكيل فطلوب منه الفعل شاء او لم يشأ واعلم ان الفرق بين التمليك والتوكيل فى أربعة أحكام فالتمليك يتقيد بالمجلس ولا يصح الرجوع عنه ولا العزل ولا يبطل بجنون الزوج وانعكست هذه الاحكام فى التوكيل ولابد فى صحة التوكيل من عقل الوكيل فعلى هذا لابد من التقييد بالعقل فى كلام المصنف وحينئذ فهذه مما خالف فيها التمليك التوكيل بحر فيكون الفرق حينئذ بينهما من خمسة اوجه (قوله وليس للزوج ان يرجع) لانه تعليق صورة نهر (قوله وقال زفر الخ) لان التصريح بالمشيئة كعدمه لانه يتصرف عن مشيئته فصار كالوكيل بالبيع اذا قيل له بعه ان شئت ولنا أنه تمليك لانه علقه بمشيئته والمالك هو الذى يتصرف عن مشيئته والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع (قوله وقعت واحدة رجعية) اجماعا حموى عن المفتاح وكذا الوكيل الا ان يقول بألف فانه ان طلقها واحدة بألف وقعت والا لم يقع شئ نهر عن الكافى (قوله أى لو قال لها الخ) القول هنا بمعنى الخطاب فان القول يستعمل لمعان مختلفة باعتبار ما يعدّى به فاذا عدّى بالباء كان بمعنى الحكم واذا عدّى بعن كان بمعنى الرواية واذا عدّى بفى كان بمعنى الاجتهاد واذا عدّى باللام كما هنا كان بمعنى الخطاب واذا عدّى بعلى كان بمعنى الافتراء والعرب تستعمل القول فى غير الكلام فتقول قال بيده أى اخذ وقال برأسه أى اشار وقال برجله أى مشى و يستعمل بمعنى ذكر غنيمى عن الكشاف قال الحموى وبقى استعمالان آخران وهما استعماله بمعنى الاطلاق ومنه قولهم مقدمة العلم تقال على كذا أى تطلق وبمعنى الحمل ومنه قولهم الجنس يقال على كذا أى يحمل و يعدى فى كل منهما بعلى (قوله فطلقت ثلاثا لم يقع شئ عند أبى حنيفة) ولا يقال بقولها طلقت نفسى تكون ممتثلة فيقع وتبقى بالزائد مبتدئة فيلغو الزائد لانا نقول لا يقع شئ

(لا يملك الرجوع) عنه (وتقيد) الامر (بمجلسها) حتى لو قامت عن مجلسها او تحولت الى مكان آخر او أخذت فى عمل آخر خرج الامر من يدها (الا اذا زاد متى شئت) فانه يجوز ان تطلق نفسها فى المجلس وبعده (ولو قال لرجل طلق امرأتى لم يتقيد بالمجلس) فاذا لك الرجل ان يطلق فى المجلس وبعده وللزوج ان يرجع عنه (الا اذا زاد ان شئت) فيجوز ان يطلق فى المجلس لا بعده لانه علقه بمشيئته فصار تمليكا لا توكيلا فيتقيد بالمجلس وليس للزوج ان يرجع وقال زفر هذا والاول سواء (ولو قال لها طلقى نفسك ثلاثا فطلقت) طلقة (واحدة) رجعية (لا فى عكسه) أى لو قال لها طلقى نفسك واحدة فطلقت ثلاثا لم يقع شئ عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يقع

٢ مطلب الجواز على ثلاثة أقسام
مطلب القول يستعمل لمعان مختلفة باعتبار التعدية بحرف الجر

بقولها طلقت نفسي اذا ذكر العدد وانما يقع بالعدد على ما بينا فصارت مخالفة فان قيل فى الثلاث واحدة وهى مملوكة فتقع لان كون الثلاث مركا لا يمنع وقوع الواحدة كما اذا قال لها طلقى نفسك ثلاثا فطلقت واحدة قلنا ان الواحدة قائمة بالجملة ضمنا فاذا لم تثبت الجملة فكيف يثبت ما فى ضمنها ونظيره رجلان شهد أحدهما على رجل انه قال لامرأته خلية حال مذاكرة الطلاق والآخر انه قال لها برية لا تثبت البينونة لعدم ثبوت المتضمن بخلاف ما اذا فوض اليها ثلاثا فطلقت واحدة حيث تقع الواحدة لان الثلاث صارت مملوكة لها وهذا التمليك صح من الزوج فقد أتت بما فى ضمن كلامه فيصح ان تأتى بها كلها مجتمعة أو متفرقة زيلعى (قوله وعندهما يقع واحدة) لانها أتت بما ملكته وزيادة فصار كما اذا طلقها الزوج ألفا وله انها أتت بغير ما فوض اليها لانه ملكها الواحدة والثلاث غير الواحدة بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملك وكذا هى فى الاولى والخلاف مقيد بما اذا أوقعت الثلاثة بكلمة واحدة أما اذا أوقعت واحدة وواحدة وواحدة وقعت واحدة اتفاقا قيد بقوله طلقى لانه لما قال أمرك بيدك ينوى واحدة فطلقت ثلاثا وقعت واحدة اتفاقا نهر عن المبسوط (قوله ولا فى طلقى نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت طلقة واحدة) لان الكل معلق بمشيئة الكل فلا يقع شئ بمشيئة البعض لانعدام الشرط لان قوله ثلاثا ان شئت أى ان شئت الثلاث بخلاف المسئلة المتقدمة لعدم الشرط فيها (قوله ولا فى عكسه لا يقع) ذكر الشهاب الشلبى ان نسخة المتن التى شرح عليها مسكين ساقط منها لفظ لا وحينئذ لا اشكال فى المزج حموى والحاصل ان الصواب اما حذف لا من قوله ولا فى عكسه او زيادة أى التفسيرية قبل قوله لا يقع (قوله لا يقع عند أبى حنيفة) لاجل المخالفة لانها أتت بغير ما فوض اليها عينى وغاية (قوله وعندهما يقع واحدة) لان مشيئة الثلاث مشيئة الواحدة عينى (قوله او بائنة فى الثانية) نقل الشلبى عن قاضيخان ما نصه رجل وكل رجلا ان يطلق امرأته تطليقة بائنة فطلقها واحدة رجعية تقع واحدة بائنة وكذا لو وكله ان يطلقها رجعية فطلقها بائنة تقع رجعية وهذا اذا قال الوكيل طلقتها واحدة بائنة فان قال أبنتها لا يقع شئ اه ومنه يستفاد تقييد قول المصنف اوارجعى فعكست وقع ما أمر به بما اذا قالت طلقت نفسي بائنة أما اذا قالت أبنت نفسي لا يقع شئ وأقره الشرنبلالى والحموى والشيخ شاهين وتعقبه شيخنا بأنه مخالف لما سبق فى المتن من قوله وبأبنت نفسي طلقت لا باخترت يعنى فيما اذا قال لها طلقى نفسك كما ذكره الشارح وذكر الشارح عقبه ان عدم الوقوع رواية عن الامام فيكون ما ذكره قاضيخان مخرجا على هذه الرواية (قوله ولا عبرة لما زادت اونقصت فى الوصف) وبهذا عرف ان المخالفة فى الوصف لا تبطل الجواب بخلاف المخالفة فى الاصل كما اذا فوض اليها واحدة فطلقت ثلاثا على ما مر نهر (قوله بطل الامر فى الصورتين ولم يقع شئ) لانه علق طلاقها بالمشيئة المطلقة منها وهى أتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط ثم هو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الامر من يدها ولا يقع بقوله شئت وان نوى اذا ليس فى كلامه ذكر الطلاق أصلا ولا فى كلامها حتى لو قالت شئت طلاقى ان شئت او قال الزوج شئت طلاقك ينويه يقع بخلاف أحببته ورضيته واردته والفرق ان المشيئة تنبئ عن الوجود لانها من الشئ وهو الموجود فكان شئت بمنزلة أوجدت وليس ايجاد الطلاق الا بايقاعه وأما الارادة فهى الطلب لغة وليس من ضرورة الطلب الوجود ولا مانع من التفرقة بالنسبة الى العباد عملا بالعرف غير ان الوجود فى المشيئة لما كان محتمل اللفظ لا موجبه احتاج الى النية وما ذكره الاترارى وهو الاتقانى من أنه يقع بقوله أردت طلاقك وارتضاه العينى رده فى النهر (قوله طلقت) لان التعليق بالكائن تنجيز فان قلت لو كان تنجيزا الكفر بقوله هو يهودى ان كان كذا الامر قد مضى قلت اختلف المشايخ فيه ولئن ان نقول انه كناية عن اليمين بالله تعالى اذا كان مستقبلا وكذا اذا كان ماضيا اعتبارا بالمستقبل عينى (قوله ولا يتقيد بالمجلس) اما فى كلمة متى ومتى ما فلانها للوقت وهى عامة فى الاوقات كلها كانه قال فى أى وقت شئت وأما اذا واذا ما فكمتى عندهما وعند الامام وان كانت تستعمل للشرط كما تستعمل للوقت لكن الامر صار بيدها فلا يخرج بالقيام من المجلس

بالشك

واحدة (و) لا فى (طلقى نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت) طلقة (واحدة ولا) فى (عكسه) لا يقع عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يقع واحدة (ولو أمرها بالبائن) بان قال لها طلقى نفسك واحدة بائنة (او الرجعى) بان قال لها طلقى نفسك واحدة رجعية (فعكست) بان قالت طلقت نفسي واحدة رجعية فى الاولى أو بائنة فى الثانية (وقع ما أمر به) ولا عبرة بما زادت او نقصت فى الوصف (ولو قال) لها (أنت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت) حال كونه (ينوى الطلاق أو قالت شئت ان كان كذا المعدوم) مثل ان تقول شئت ان جاء المطر فى جواب قوله أنت طالق ان شئت (بطل) الامر فى الصورتين ولم يقع شئ (و) لو قالت شئت (ان كان) كذا (الشئ مضى) أى ثابت (طلقت) طلقة رجعية (و) لو قال لها (أنت طالق متى شئت او متى ما شئت او اذا شئت او اذا ما شئت فردت الامر) بان قالت لا أشاء (لا يرتد) حتى يجوز لها ان تشاء بعده وتطلق فى أى زمان شاءت (ولا تتقيد بالمجلس ولا تطلق) أى

بالشك نعم لو قال أردت مجرد الشرط لنا ان نقول يتقيد بالمجلس ويحلف للتهمة لكن كونه صار بيدها مناف لما مر من انه لم يملكها فى الحال شيئا بل اضافه الى وقت مشيئتها فتدبر والحين كاذا كما فى المحيط نهر (قوله لا تملك الطلاق الا طلقة واحدة) لانها تعم الازمان لا الافعال فتملك التطليق فى كل زمان لا تطليقا بعد تطليق در (قوله لها ان تفرق الثلاث ولا تجمع) لانها توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع أى لان كلما توجب عموم الفعل فردا لا جملة غاية (قوله بان تطلق نفسها واحدة بعد واحدة) حتى تطلق ثلاثا بشرط ان يقع الاخريان فى العدة او بعد تجديد النكاح حموى عن البرجندى (قوله ولا تجمع) وكذا ليس لها ان تطلق ثنتين أيضا ولو فعلت لم يقع شئ عند الامام وقالا يقع واحدة بناء على ما مر نهر (قوله فان طلقت ثلاثا الخ) وكذا ان طلقت ثنتين كما سبق واعلم ان النسخة التى كتب عليها السيد الحموى وقع فيها فان طلقها الخ فلذا قال صوابه فان طلقت نفسها ثلاثا (قوله ولو طلقت بعد زوج آخر لا يقع) ان كانت طلقت نفسها ثلاثا متفرقة والا فلها تفريقها بعد زوج آخر وهى مسئلة الهدم الآتية در وقوله والا الخ أى وان لم تطلق نفسها ثلاثا متفرقة بان طلقت نفسها طلقة او طلقتين متفرقتين وما سيأتى فى الشارح من قوله حتى لو طلقت ثلاثا الى آخره أى ثلاثا متفرقة (قوله فطلقت نفسها لم تطلق) لما قدمه الشارح من أن التعليق ينصرف الى الملك القائم دون المستحدث بخلاف ما اذا طلقت واحدة أو ثنتين ثم عادت بعد زوج آخر حيث يكون لها تفريق الثلاث لان المحل باق بعد الثنتين اذ المحلية باعتبار صفة الحل وهى قائمة بعد الطلقتين فتبقى اليمين وقد استفاد من جنس ما انعقد عليه اليمين فيسرى اليه حكم اليمين تبعا وان لم تنعقد اليمين عليه قصدا زيلعى من الباب الآتى وقوله بخلاف ما اذا طلقت واحدة أو ثنتين يعنى متفرقتين (قوله لم تطلق حتى تشاء الطلاق فى مجلسها) لان الطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويجعل مجازا عن الشرط الذى هو ان لان كلا منهما يفيد ضربا من التأخير وهو أولى من الغائه اصلا (قوله كيف شئت) فى البحر عن المصباح كلمة كيف يستفهم بها عن حال الشئ وعن صفته يقال كيف زيد ويراد السؤال عن صحته وسقمه وعسره ويسره وغير ذلك وتأتى للتعجب والتوبيخ والانكار الخ (قوله يقع رجعية) لانه أوقع الطلاق وخيرها فى وصفه نهر (قوله كما قال هذا المقال) الكاف للمفاجأة (قوله لا يقع ما لم تشأ) لانه علقه بمشيئتها وعلى هذا الخلاف أنت حر كيف شئت وأثر الخلاف يظهر فيما لو قامت عن المجلس فعنده وقعت رجعية وعندهما لا يقع شئ نهر والحق قوله بحر (قوله أى نوى ما شاءت الخ) للمطابقة هذا فى المدخول بها أما غير المدخول بها فتبين وخرج الامر من يدها الفوات محليتها بعدم العدة وقول الزيلعى والعينى قبل الدخول صوابه بعد الدخول كما فى النهر والدر (قوله وعند الجصاص يعتبر نية الزوج الخ) يتعين تقديمه على قوله ولو لم يحضر للزوج نية الخ ليرتبط بقوله اما اذا شاءت ثلاثا والزوج نوى واحدة الخ فيسقط ما عساه ان يقال كلام الجصاص مشكل اذ كيف يستقيم اعتبار نية الزوج وفرض المسئلة انه لم يحضره نية (قوله تطلق ما شاءت) الى الثلاث ولا يكون بدعيا الا انها مضطرة اليه نهر (قوله أى فى المجلس) اعلم انه لا يقع شئ قبل مشيئتها اتفاقا لان كم اسم للعدد فكان التفويض فى نفس العدد وليس الواقع الا بالعدد اذا ذكر فصار التفويض فى نفس الواقع فلا يقع شئ ما لم تشأ والواحد عدد فى اصطلاح الفقهاء وما عامة تتناول الكل نهر (قوله فان قامت منه قبل أن تشاء بطل الامر) لانه أمر واحد وهو تمليك فى الحال وليس فيه ذكر الوقت فاقتضى جوابا فى المجلس كسائر التمليكات زيلعى (قوله وان ردت الامر ارتد) وكذا لو أتت بما يدل على الاعراض نهر (قوله وعندهما لها أن تطلق نفسها ثلاثا أيضا) لان ما للعموم ومن للبيان وله ان من للتبعيض حقيقة اذا دخلت على ذى ابعاض والطلاق منه وما للعموم وقد امكن العمل بهما بأن يجعل المراد بعضا عاما والثنتان كذلك لانه بالنسبة الى الواحد عام والى الثلاث بعض (تتمة) البعضية المعتبرة فى من التبعيضية هى البعضية فى الاجزاء لا البعضية فى الافراد على خلاف التنكير الذى

لا تملك الطلاق (الا) طلقة (واحدة وفى) قوله أنت طالق (كلما شئت لها أن تفرق الثلاث) بأن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق ثلاثا (ولا تجمع) بأن تطلق نفسها ثلاثا فى كلمة واحدة فان طلقت ثلاثا لا يقع شئ عند أبى حنيفة وعندهما وقعت واحدة (ولو طلقت بعد زوج آخر لا يقع) لان التعليق ينصرف الى الملك القائم دون المستحدث حتى لو طلقت ثلاثا وتزوجت بزوج آخر وعادت اليه فطلقت نفسها لم تطلق (وفى) قوله لها أنت طالق (حيث شئت واين شئت لم تطلق حتى تشاء) الطلاق (فى مجلسها) قيد بالمشيئة فى المجلس لانها لو قامت من مجلسها قبل ان تشاء فلا مشيئة لها فى مجلس آخر حتى لا يقع شئ (وفى) قوله لها (كيف شئت يقع) طلقة (رجعية) كما قال هذا المقال قبل المشيئة وقال أبو يوسف ومحمد لا يقع ما لم تشأ (فان شاءت) واحدة (بائنة او ثلاثا) وقد كان الزوج (نواه) أى نوى ما شاءت (وقع) اما اذا شاءت ثلاثا والزوج نوى واحدة بائنة أو شاءت واحدة بائنة والزوج نوى الثلاث فتقع واحدة رجعية ولو لم يحضر للزوج نية لم يذكر فى الاصل ويجب ان تعتبر مشيئتها فيما شاءت حتى لو شاءت ثلاثا أو واحدة بائنة ولم ينو الزوج وقع ما أوقعت بالاتفاق وعند الجصاص يعتبر نية الزوج لا مشيئتها (وفى) قوله أنت طالق (كم شئت أو) أنت طالق (ما شئت تطلق) نفسها (ما شاءت فيه) أى فى المجلس فان قامت منه قبل أن تشاء شيئا بطل الامر (وان ردت) الامر بأن قالت لا أشاء (ارتد) فليس لها ان تشاء بعده (وفى) قوله (طلقى) نفسك (من ثلاث ما شئت) أو اختارى من الثلاث ما شئت (تطلق) نفسها (ما دون الثلاث) وليس لها ان تطلق نفسها ثلاثا عند أبى حنيفة وعندهما لها أن تطلق ثلاثا أيضا

للتبعيض على زعم الفاضل الشريف فان المعتبر فيه هى البعضية فى الافراد لا البعضية فى الاجزاء وبه تفارق من التبعيضية من البيانية على ماصرح به الرضى فى شرح الكافية وانما قلنا فى زعمه لانه مخالف لماذكره الشيخ عبد القاهر فى دلائل الاعجاز والعلامة الزمخشرى صرح فى مواضع من الكشاف بأنه قد يقصد بالتنكير الدلالة على البعضية فى الاجزاء (فــرع) قال للمدخول بهما طلقتما أنفسكما ثلاثا فطلقت كل واحدة منهما نفسها وصاحبتها ثلاثا على التعاقب طلقتا ثلاثا بتطليق الاولى وتطليق الثانية باطل ولو بدأت الاولى بتطليق صاحبتها ثم طلقت نفسها لم يقع عليها شئ لخروج الامر من يدها والفرق بين البداءة بنفسها وبصاحبتها لايخفى ظهيرية قال شيخنا وهو ان فى لفظه تمليكا وتوكيلا لكل واحدة منهما فاذا بدأت بصاحبتها كانت متصرفة بجهة الوكالة واشتغالها به يوجب خروج الامر من يدها بخلاف مالو بدأت بنفسها فان توكيلها لايبطل به انتهى

(باب التعليق)

ذكره بعد تنجيز الطلاق صريحا وكناية لانه مركب من ذكر الطلاق والشرط فأخر عن المفرد وهو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى وشرط صحته كون الشرط معدوما على خطر الوجود فالمحقق كان كانت السماء فوقنا تنجيز والمستحيل كان دخل الجمل فى سم الخياط لم يقع وكونه متصلا الا لعذر وان يكون فى المعينة بصريح الشرط لا بمعناه بخلاف غير المعينة حتى لوقال المرأة التى أتزوجها طالق طلقت بتزوجها ولوقال هذه المرأة التى أتزوجها طالق فتزوجها لم تطلق لانه عرفها بالاشارة فلا تؤثر فيها الصفة والتعريف بالاسم والنسب كالتعريف بالاشارة فلوقال فلانة بنت فلان التى أتزوجها طالق فتزوجها لم تطلق وان لايقصد به المجازاة فلوقالت ياسفلة فقال ان كنت كما قلت فأنت كذا تنجز كان كذلك أولا وذكر المشروط فلوقال أنت طالق ان ولم يزد لم تطلق عند أبى يوسف وبه يفتى واوقعه محمد فى الحال ووجود رابط حيث تأخر الجزاء نهر واعلم ان ماذكره من ان الطلاق يتنجز اذا قالت له ياسفلة فقال لها ان كنت كما قلت الخ جرى عليه فى الدر أيضا ويخالفه مافى شرح ابن الشلبى عن التجنيس حيث قال رجل قالت له امرأته ياسفلة فقال الزوج ان كنت سفلة فأنت طالق وأراد به التعليق لايقع به الطلاق مالم يكن سفلة وتكلموا فى معنى السفلة روى عن أبى حنيفة ان المسلم لايكون سفلة وانما السفلة هو الكافر وروى عن أبى يوسف انه الذى لايبالى بما قال اه (قوله ان زرت فلانا فأنت طالق) الزيارة فى العرف قصد المزور اكرامه واستئناسا به كذا فى المصباح فينبغى توقف الحنث على زيارتها للاكرام حتى لوذهبت من غير قصده لم يحنث وفى عرفنا زيارة المرأة لاتكون الا بطعام معها يطبخ عند المزور نهر عن البحر (فرع) قال لامرأته ادخلى الدار وأنت طالق فهذا وقوله اذا دخلت فأنت طالق سواء حموى ولوقال ان قرأت القرآن فأنت طالق فقرأ بسم الله الرحمن الرحيم ان نوى مافى سورة النمل يحنث وان نوى غير مافى سورة النمل أولم يكن له نية لايحنث لان الناس لايريدون بها قراءة القرآن شرح ابن الحلبى (قوله فيقع الطلاق بعد الزيارة) والحيلة أن يطلقها واحدة وتنقضى العدة فتزوره حتى تبطل اليمين ولايقع الطلاق ثم يتزوجها فان زارته لايقع شئ قال صدر الشريعة لوقال ان دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا فحيلته أن يطلقها واحدة وتنقضى العدة فتدخل الدار حتى يبطل اليمين ولايقع الثلاث ثم يتزوجها فان دخلت الدار لايقع شئ وفى فتاوى قاضيخان قال لها ان وطئتك مادمت معى فأنت طالق ثلاثا فطلقها بائنة ثم تزوجها من ساعته ووطئها لايحنث قال البرجندى فهذه الرواية تدل على انه انما يشترط انقضاء العدة فيما اذا كان الطلاق رجعيا واما فى الطلاق البائن فلا كذا بخط الحموى وفيه نظر لماسبق من انه اذا نجز ابانتها بعد تعليق البائن ثم وجد فى العدة الشرط الذى علق عليه الابانة وقع المعلق أيضا واليه

(باب التعليق) (انما يصح) التعليق حال كونه (فى
الملك كقوله لمنكوحته ان زرت فلانا
فأنت طالق) فيقع الطلاق بعد الزيارة

أشار المصنف بقوله فى باب الكنايات لا البائن الا اذا كان معلقا واذا كان المعلق يقع اذا وجد شرطه بعد أن نجز ابانتها حيث كان وجود الشرط فى العدة فوقوعه فيما اذا وجد الشرط عقب ان تزوجها قبل انقضاء العدة يكون بالطريق الاولى وانما لم يقع فى مسئلة الخانية نظر اللفظ مادمت لانه بالطلاق انقطع الدوام لا لان انقضاء العدة ليس بشرط بل هو شرط أيضا خلافا لما فهمه البرجندى فانه خطأ فاحش فتدبر (قوله أو مضافا الخ) فيه ان قوله كان نكحتك فأنت طالق تعليق لا اضافة وان النكاح ليس بملك وانما هو اسم للعقد وأجيب عن الاول بأنه استعمل الاضافة فى المفهوم اللغوى وغيره وعن الثانى بأن الاضافة الى النكاح اضافة المسبب الملك فاستعير اسم السبب للمسبب فكانه قال ان ملكتك بالنكاح نهر عن الفتح (قوله سواء خص مصرا الخ) بأن قال كل امرأة من مصر او من بنى تميم أو كل بكر أو ثيب أتزوجها طالق يصح عينى (قوله وقال مالك الخ) لان فى التعميم سد باب النكاح على نفسه فلا يصح وجوابه انه لا ينسد عليه بابه لان كلمة كل تقتضى التعميم دون التكرار فيمكنه ان يتزوجها بعد ماوقع الطلاق عليها زيلعى (قوله وعند الشافعى لا يصح أصلا) لقوله عليه السلام لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا طلاق لابن آدم فيما لا يملك ولا بيع فيما لا يملك ولنا ان التعليق بالشرط يمين فلا تتوقف صحته على وجود ملك المحل كاليمين بالله تعالى ومارواه لم يصح قاله أحمد وقال ابو الفرج روى من طرق مجتنبة وقال ابن العربى اخبارهم ليس لها أصل فى الصحة فلا يشتغل بها ولئن صح فهو محمول على التنجيز والتأويل منقول عن السلف كمكحول وسالم والشعبى والزهرى وغيرهم والحيلة أن يتولى فضولى تزويجه ثم يجيزه والنكاح بالفعل لا بالقول ذكره فى الفتاوى أو يترافعا الى قاض شافعى فيحكم ببقاء النكاح ويفسخ اليمين بعد دعواها النكاح والمهر فان امضاه قاض حنفى بعد ذلك كان احوط زيلعى وفى الدر عن محمد فى المضافة لا يقع وبه أفتى أئمة خوارزم وهو قول الشافعى وللحنفى تقليده بفسخ قاض بل محكم بل افتاء عدل وهذا يعلم ولا يفتى به اه ففائدة علمه ان يعمل به لنفسه فلو استفتى فقيها عدلا فأفتاه ببطلان اليمين حل له العمل بفتواه ولو افتاه آخر بالحرمة عمل بالافتاء الثانى فى حق امرأة أخرى حموى (قوله كان نكحتك الخ) ولوقال لامرأة ان تزوجتك فأنت طالق فتزوجها ثم دخل بها يجب مهر المثل بالوطء ونصف المسمى بالطلاق قبل الدخول زيلعى من نكاح الرقيق وقال فى المنتقى وان قال ان تزوجت فلانة فهى ثلاث وان عقدلها فضولى فهى ثلاث وان حكم الحاكم فهى ثلاث فطريقه الحكم بفسخ اليمين بعد دعوى صحيحة قال بعض المشايخ لا حاجة الى هذا التكلف فانه لو عقد له الفضولى تنحل اليمين لا الى جزاء ثم يجيزه بالفعل وكذا رجل قال ان تزوجت امرأة فهى طالق ثلاثا فالمخلص ان يعقد فضولى فيجيز بالفعل حموى عن العلامة قاسم (قوله فيقع الطلاق بعده) فيه اشارة الى ان الحكم يتأخر عنه وهو المختار لان الطلاق المقارن للنكاح لا يقع ولهذا لوقال انت طالق مع نكاحك اوفى نكاحك لا يقع لان الطلاق ينافى النكاح فلا يتصور أن يثبت الشئ منتفيا ولهذا لوقال لها تزوجتك على انك طالق صح النكاح ولم يقع شئ لانه تعذر اعتباره بدلا أو شرطا لان البدل يقارن والشرط يتقدم فلغا بخلاف المضاف حيث يقع مقارنا للوقت المضاف اليه لان المضاف سبب للحال والمعلق يكون سببا عند وجود الشرط فيتأخر الحكم عنه ضرورة وانما كان كذلك لان المضيف يريد الحكم والمعلق يريد انتفاءه لان غرضه المنع من ايجاد الحكم زيلعى بخلاف مالوقال مع تزوجى اياك فانه يقع قيل والفرق ان الكلام فى هذا تام لذكر الفاعل والمفعول فجعل مجازا عن الملك ومع بمعنى بعد بخلاف مامر اذ الكلام معه ناقص فلم تكن مع بمعنى بعد نهر ودرلكن قال السيد الحموى وفيه تأمل (قوله أى بعد النكاح) لوقال أى بعد وجود الشرط فيهما كما فى النهر أو ضم الزيارة الى النكاح لكان اولى (قوله فلوقال لاجنبية الخ) قال الولوالجى اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدى حر يصح ويصير كانه قال ان تزوجتك وطلقتك فعبدى حر ولوقال لها ان طلقتك فأنت طالق ثلاثا لا يصح لان ذكر الطلاق ذكر للنكاح الذى لا يستغنى عنه الطلاق لاذكر لما لا يستغنى عنه الجزاء اه كذا فى شرح ابن الحلبى ورفع

(أو مضافا اليه) أى يصح التعليق حال
كونه مضافا الى الملك أى سببه مطلقا
سواء خص مصرا أو قبيلة أو وقتا أولم
يخص وهو قول عمر وقال مالك ان
خص مصرا أو قبيلة صح والالا وهو
قول ابن أبى ليلى وابن مسعود وعند
الشافعى لا يصح أصلا وهو قول ابن
عباس (كان نكحتك فأنت طالق
فيقع) الطلاق (بعده) اى بعد
النكاح (فلوقال لاجنبية ان زرت
فأنت طالق

للشيخ الشلبي سؤال محصله ان شخصا اراد التزوج وعلق قبل العقدانه متى تزوج غيرها طلقت طلقة تملك بها نفسها ثم رجع عن التعليق بعد صدور العقد فهل الرجوع عن التعليق صحيح فكتب فى جوابه التعليق المذكور صحيح لانه مضاف لسبب الملك تقديرا فكانه قال ان تزوجتك وتزوجت عليك الخ والرجوع عن التعليق المذكور غير صحيح لكن اذا رفع هذا التعليق لحاكم لا يراه وابطله نفذ ابطاله اه فعلى هذا يعم فى قول المصنف او مضافا اى ولو تقديرا وقال فى أيمان الذخيرة نقلا عن الفضلى قال لاجنبية ان تزوجت عليك فأنت طالق ثلاثا او قال فأنت طالق وهى طالق فتزوجها ثم تزوج عليها طلقتا اه كذا بخط الحموى ثم اعلم ان ما نقله ابن الشلبى عن الولوالجى وما اجاب به الشلبى عما رفع اليه من السؤال وكذا ما نقله السيد الحموى عن الذخيرة يعكر عليه قول المصنف فلو قال لاجنبية ان زرت فأنت طالق الخ اذ قياس ما ذكره الولوالجى وغيره مما قدمناه وقوع الطلاق اذا نكحها فزارت بأن يقال تقدير قوله ان زرت فأنت طالق ان تزوجتك وزرت فأنت طالق فتدبر (قوله فنكحها فزارت لم تطلق) وقال ابن ابى ليلى تطلق لان المعتبر فى وقوع الطلاق وقت وجود الشرط ولا معنى لاشتراطه قبله ولنا ان الجزاء لابد ان يكون ظاهرا او لازما ليكون مخيفا فتوجد ثمرة اليمين فيه وذلك انما يتحقق اذا كان مالكا أو أضافه الى الملك فلا ينعقد بدونهما ولا يقال يضم له الملك فيكون التقدير ان تزوجتك ودخلت الدار فأنت طالق لانا نقول ان اليمين مذموم لقوله تعالى ولا تطع كل حلاف مهين فلا يحتال لتصحيحه زيلعى ورده فى العناية بأن التعليق ليس بيمين حقيقة فالصواب ان يقال المقدر اما ان يكون محذوفا أو مقتضى لا جائز ان يراد الاول لان المذكور غير متوقف عليه لغة ولا الثانى لان من شرطه أن يكون المقدر أحط رتبة من المذكور وأن لا يتغير المذكور عند التصريح بالمقدر والشرطان منتفيان نهر وقول الزيلعى لنا ان الجزاء لابد أن يكون ظاهرا أو لازما فيه لف ونشر مرتب فالاول ناظر الى التعليق فى الملك والثانى ناظر الى الاضافة فان الطلاق فيه لازم للتزوج بها كذا بخط شيخنا واعلم ان قول الزيلعى ولا يقال يضم له الملك الخ مخالف لما سبق من جعل الاضافة الى سبب الملك مقدرة فتحصل من هنا ومما سبق ان فى المسئلة اختلافا وانه لا يشترط لصحة اليمين على ما ذكره الولوالجى ومن وافقه كالفضلى وصاحب الذخيرة التصريح بالاضافة الى سبب الملك بل يكتفى بالتقدير خلافا للمصنف وشراحه فتدبر واعلم انه يلزم على جعل الاضافة الى السبب مقدرة أن يكون الحكم حينئذ كمذهب ابن أبى ليلى بلا فرق وان اختلف التوجيه ثم ظهر لى ما به يحصل التوفيق بأن يقال ما ذكره الولوالجى ونحوه يحمل على ما اذا نوى كون الاضافة مقدرة ويحمل ما ذكره المصنف على ما اذا لم ينو ذلك فتدبر (قوله والفاظ الشرط ان) المكسورة بدأ بها لانها اصل الباب وجوزى بغيرها التضمنه معناها وبكل مع اختصاصها بالاسم لاتصافها بفعل لا محالة فكان فى معنى الشرط فلو فتحها وقع للحال وهو قول الجمهور لانها للتعليل ولا يشترط وجود العلة وزعم الكسائى مناظر الشيبانى فى مجلس الرشيد انها شرطية بمعنى اذا وهو مذهب الكوفيين ورجحه فى المغنى وعلى كل حال فاذا نوى التعليق ينبغى أن تصح نيته نهر وقوله ينبغى أن تصح نيته أى يدين كما فى الدر وانما كانت ان هى الاصل لانها حرف الشرط وما وراءها ملحق بها لما فيها من معنى الشرط لانها تدل على الوقت الذى هو علم عليه زيلعى وقوله فى النهر وجوزى بكل مع اختصاصها بالاسم لاتصافها بفعل لا محالة يشير الى ما نقله السيد الحموى عن الهداية حيث قال واعلم ان كل وكلما كلمة ليس فيها شرط حقيقة لان ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الجزاء والاجزية تتعلق بالافعال الا انه الحق بالشروط لتعلق الفعل بالاسم الذى يليه مثل قولك كل عبد اشتريه فهو حر اه (قوله واذا) والغالب ان تكون ظرفا للمستقبل مضمنا معنى الشرط وتختص بالدخول على الفعلية ويكثر كون الفعل ماضيا واما نحو اذا السماء انشقت فالسماء فاعل لفعل محذوف لا مبتدأ والمحققون على ان العامل شرطها الا ما فى جوابها من فعل أو شبهه كما قال الاكثر والجمهور على أنها لا تخرج عن الظرفية قيل وقد تخرج عن الشرطية نحو والذين اذا أصابهم البغى هم

ينتصرون فاذا ظرف للخبر ولو كانت شرطية والجملة اسمية لوجب اقترانها بالفاء وقول بعضهم انه على اضمارها مردود نهر (قوله وكل) نقل السيد الحموى عن البرجندى ما يقتضى ان لفظة كل ليست من كلمات الشرط الا اذا اتصل بها ما ونصه كلمة كل اذا اتصل بها ما عدت من كلمات الشرط الا انها لا يجزم بها وفى النهر كل اسم جمع وضع لمتعدد مع انه لا واحد له من لفظه فهو عام معنى لاستغراق أفراد المنكر نحو كل نفس ذائقة الموت والمعرف المجموع نحو وكلهم آتيه واجزاء المفرد المعرف نحو كل زيد حسن فاذا قلت أكلت كل رغيف لزيد كان لعموم الافراد فاذا أضيف الرغيف لزيد صار لعموم أجزاء فرد واحد الخ (قوله وكلما) ما هذه الزائدة جعلت مع كل كلمة واحدة وبنى على الفتح أو هو منصوب على الظرف وقيل كلمة ما مصدرية برجندى وقال العينى زيد على كل ما للتوكيد ثم قيل نحو زأن تكون حرفا مصدريا وأن تكون اسما نكرة اه وهذا سهو ظاهر اذ الزائدة لا تكون كذلك وكيف تكون زائدة مع انها أفادت معنى لم يكن موجودا قبل نعم نقل النحاة ان كلما المقتضية للتكرار منصوبة على الظرفية والعامل فيها محذوف دل عليه جواب الشرط والتقدير أنت طالق كلما كان كذا وكذا وما التى معها هى المصدرية التوقيتية وزعم ابن عصفور انها مبتدأ وما نكرة موصوفة والعائد محذوف وجملة الشرط والجزاء فى موضع الخبر ورده أبو حيان بأن كلما لم تسمع الا منصوبة وانت خبير بأن هذا بعد تسليمه لا ينافى كونها مبتدأ اذ الفتحة فيها فتحة بناء وبنيت لاضافتها الى مبنى ومحل الخلاف وجود الفاء فان لم تكن فالعامل هو الجواب على ان بعضهم جوز ذلك مع الفاء ذكره أبو البقاء فى قوله تعالى وأما بنعمة ربك فحدث نهر قال الحموى وفى بعض كلامه تأمل اه ولو أبدل العينى ثم بالواو لكان أولى ليكون الكلام مفهما ان القول بأنه حرف مصدرى مقابل لما قدمه من انه زيد للتأكيد ثم رأيت فى البحر بعد ان نقل عن الرضى ان ما تزاد على الخمس كلمات المذكورة ما نصه ولم يذكر ما فى كلما لكونها ليست زائدة لافادتها التكرير ولهذا قال وتفيد كل التكرار بدخول ما عليه دون غيره من أدوات الشرط انتهى (تتمة) من ألفاظ الشرط لو ومن وأى وأيان وأين وأنى (فرع) قال كلما قعدت عندك فامرأتى طالق فقعد عنده ساعة طلقت ثلاثا لان الدوام على القعود وعلى كل ما يستدام بمنزلة الانشاء ولو قال كلما ضربتك فأنت طالق فضربها بيديه جميعا طلقت ثنتين وان ضربها بكف واحدة لا تطلق الا واحدة وان وقعت الاصابع متفرقة لان فى اليدين تكرار الضرب بكل يد ضربة على حدة وأما فى الوجه الثانى لم يتكرر الضرب لان الاصل فى الضرب هو الكف والاصابع تبع فلم يتعدد الضرب حموى عن ابن الشلبى (قوله والشرط العلامة) لانه مشتق من الشرط بفتحتين الذى هو بمعنى العلامة حموى ثم الجواب اذا تأخر عن الشرط يكون بالفاء ان لم يؤثر فيه الشرط لا لفظا ولا معنى وذلك فى سبع مواضع نظمت فى قوله

طلبية واسمية وبجامد * وبما ولن وبقد وبالتنفيس

وان تقدم فلا تدخل فيه الفاء واختلفوا فيه هل هو الجزاء أو يقدر بعد الشرط من جنسه فاذا عرفنا هذا فنقول لو قال لامرأته ان دخلت الدار أنت طالق طلقت للحال لعدم الرابط وهو الفاء فان نوى تعليقه يدين وكذا ان نوى تقديمه وفى رواية عن أبى يوسف لا يتنجز حملا لكلامه على الفائدة وهو أولى من الغائه فتضمر الفاء كقوله

من يفعل الحسنات الله يشكرها * والشر بالشر عند الله مثلان

وهذا يبطل بما اذا اجاب بالواو فانه يتنجز ويلغو الشرط مع انه يمكن تعليقه حتى لو نواه يدين ولو أخر الشرط وادخل الفاء فى الشرط يعنى بأن قال أنت طالق فان دخلت الدار لا رواية فيه ويمكن ان يقال يتنجز لان الفاء فاصلة ويمكن أن يقال يتعلق لان الفاء حرف تعليق زيلعى والاول أوجه كما فى النهر عن الفتح اذ التعليق حينئذ ليس مدلولا للفظ والفاء وان كان حرف تعليق لكنه لا يوجه الا فى محله فلا أثر له هنا ولو أتى بالواو طلقت بكل حال لانها فى مثله عاطفة على شرط هو نقيض المذكور وتقديره ان لم تدخلى

فسميت هذه الالفاظ به لاقترانها
بالفعل الذى هو شرط الحنث أى
علامته لان الجزاء انما يتعلق بما هو
على خطر الوجود وهو الافعال لا
الاسماء لاستحالة معنى الخطر فيها (ففيها
ان وجد الشرط انتهت اليمين) فلا
يتحقق الحنث بعده الا فى كلما فان
اليمين جزى بتطليقات ثلاث ولا ينتهى
حتى يستوفى الثلاث (لاقتضائه عموم
الافعال كاقتضاء كل عموم الاسماء
فلو قال كلما) تزوجت امرأة فهى طالق
(حنث بكل مرة

وان دخلت وان هذه هى الوصلية اه ولو قال أنت طالق ان فعند محمد يتنجز لعدم ذكر ما يتعلق به وعند أبى يوسف لا زيلعى وبقول أبى يوسف يفتى بحر (قوله فسميت هذه الالفاظ به الخ) قال فى النهر سمى بذلك لانه علامة على ترتب الثانية على الاولى وسمى الثانى جوابا لانه لما لزم على القول الاول صار كالجواب الآتى بعد كلام السائل وجزاء تجوزا لانه لما ترتب على فعل آخر أشبه الجزاء (قوله لاقترانها بالفعل) حقيقة او حكما نحو كل عبد أشتريه (قوله ففيها ان وجد الشرط انتهت اليمين) أى تمت واذا تمت حنث (قوله فلا يتحقق الحنث بعده) ثانيا الا بيمين أخرى لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة نهر (قوله الا فى كلما) وافاد حصره ان متى لا تفيد التكرار وقيل تفيده والحق انها لا تفيد عموم الاوقات ففى متى خرجت فأنت طالق المفاد أن أى وقت تحقق فيه الخروج يقع الطلاق فاذا تحقق فى وقت وقع ثم لا يقع بخروج آخر واى كذلك حتى لو قال أى امرأة أتزوجها فهى طالق كان على امرأة واحدة كما فى المحيط وغيره بخلاف كل امرأة أتزوجها حيث يعم بعموم الصفة واستشكل لم لم يعم أى امرأة أتزوجها بعموم الصفة نهر ولو دخلت امرأة الدار مرارا بعد قول الزوج من دخلت منكن الدار فهى طالق تكرر الوقوع كما فى الدراية قال فى النهر وهى غريبة وعزا المسئلة فى الدر الى الغاية ثم قال وجعله فى البحر احد القولين واقول فى عزو وحكاية الخلاف للبحر نظر لان عبارته خالية عن التصريح بذكره ونصه ولم يذكر من مع أنها من الجوازم لفظا ومعنى ومن مسائلها فرع غريب فى المعراج رجل قال لنسوة له من دخلت منكن الدار فهى طالق فدخلت واحدة مرارا طلقت بكل مرة لان الدخول اضيف الى جماعة فيراد به تعميمه عرفا كقوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا فانه افاد عموم الصيد ولهذا ذكر محمد فى السير الكبير لو قال الامير من قتل قتيلا فله سلبه فقتل واحد قتيلين فله سلبهما قيل لا حجة لمحمد فى الاستشهادين لان الصيد فى قوله لا تقتلوا الصيد عام باعتبار اللام الاستغراقية والقتل عام لوقوعه فى سياق الشرط وكانه فى الدر فهم من قوله قيل لا حجة لمحمد الخ انهما يقولان بخلافه فكان المناسب ان يقول وكلامه فى البحر يشير الى انه احد قولين على ان ذلك ليس بلازم اذ يحتمل ان عزو المسئلة لمحمد لانه المخرج لها فقط فتدبر (قوله فان اليمين جزى الخ) اى جعل جزاؤه ثلاث تطليقات حموى وهذا فى حق المنكوحة واما غيرها فاليمين غير متناه كقوله كلما تزوجت امراة فهى طالق تكرر دائما ولو بعد زوج آخر كذا يستفاد من الزيلعى وغيره (قوله لاقتضائه عموم الافعال) تعليل لعدم انتهاء اليمين فان قلت كيف تصح هذه الدعوى والحال انه لو قال لها كلما دخلت الدار فأنت طالق فدخلت ثلاث مرات فبانت بثلاث ثم عادت اليه بعد زوج آخر فدخلت الدار لا يقع شئ قلت الدعوى صحيحة ولكن الفعل الموجود بعد عودها اليه غير الفعل الاول لان المحلوف عليه فى الاول طلقات ذلك الملك وهى متناهية فتناهى لاجل ذلك لا لان اللفظ لا يقتضيه حتى لو اضافه الى سبب الملك بأن قال كلما تزوجت امراة فهى طالق تكرر دائما لانعقادها بسبب ما يحدث من الملك وذلك لا نهاية له ولما كان بين كلما وكل اشتراك فى العموم شبه أحدهما بالآخر بقوله كاقتضاء كل عموم الاسماء غير أن عموم كلما فى الافعال وعموم كل فى الاسماء وعموم الفعل فيه ضرورى فلو قال كل امراة أتزوجها فهى طالق فتزوج امراة حنث وانحلت اليمين فى حقها وبقيت فى حق غيرها واذا تزوجها بعد ذلك لا يقع شئ لعدم تجدد الاسم فاذا تزوج غيرها حنث لبقاء اليمين فى حقها وكذا اذا تزوج اخرى وأخرى بعد أخرى الى ما لا يتناهى ثم فرع على ذلك بالفاء بقوله فلو قال كلما تزوجت امرأة فهى طالق يحنث بكل امرأة أى يقع الطلاق كلما تزوج امرأة لان صحة هذه اليمين باعتبار ما سيحدث من الملك وهو غير متناه ولو كان التزوج بعد زوج آخر لكونها مطلقة بالثلاث وعن أبى يوسف لا يقع شئ بعد زوج آخر ولا يحنث فى امرأة واحدة مرتين فجعلها ككلمة كل ولو كانت اليمين على امرأة معينة بأن قال كلما تزوجتك أو كلما تزوجت فلانة تكرر دائما عينى (قوله فلو قال كلما تزوجت الخ) وكذا لو قال كلما تزوجتك در ر (فرع) قال ان تزوجت امرأة فهى طالق ثلاثا وكلما حلت حرمت فتزوجها فبانت

ولو) تزوجها (بعد زوج آخر وزوال
الملك) بعد اليمين بان طلقها واحدة او
ثنتين وانقضت عدتها (لا يبطل اليمين
فان وجد الشرط فى الملك طلقت وانحلت
اليمين (والا) أى وان لم يوجد فى الملك
بان قال لامرأته ان دخلت الدار فانت
طالق فطلقها قبل وجود الشرط
ومضت العدة ثم دخلت الدار (لا)
تطلق (و) لكن (انحلت) اليمين
(وان اختلفا فى وجود الشرط) بان
قال الشرط لم يوجد وقالت وجد (فالقول
له) لانه منكر (الا اذا برهنت)

بثلاث ثم تزوجها بعد زوج آخر قال يجوز فان عنى بقوله كلما حلت حرمت الطلاق فليس بشئ وان لم يكن أراد به طلاقا فهو يمين شرنبلالية ومن فروع كلما لو قال للمدخول بها كلما طلقتك فأنت طالق فطلقها واحدة وقع الثنتان ولو قال كلما وقع عليك طلاقى أى فأنت طالق فطلقها واحدة وقع الثلاث والفرق ان الشرط فى الثانية اقتضى تكرره بتكرر طلاقه ولا يقال طلقها اذا طلقت بوجود الشرط فيقع تطليقتان احداهما بحكم الايقاع والاخرى بحكم التعليق نهر (قوله ولو بعد زوج آخر) لانعقادها بسبب ما يحدث من الملك وذلك لا نهاية له كما سبق (قوله بأن طلقها واحدة أو ثنتين) قيد بذلك لما سيأتى من ان زواله بالثلاث مبطل لليمين حيث قال المصنف ويبطل تنجيز الثلاث تعليقه الا اذا كانت مضافة الى سبب الملك فحينئذ لا يبطل بالثلاث حموى عن المفتاح (قوله لا يبطل اليمين) لان الشرط لم يوجد والجزاء باق لبقاء محله فلو أبانها وانقضت عدتها بعد التعليق ثم نكحها فوجد الشرط طلقت قيد بزوال الملك لان زوال امكان البر المصحح للتعليق مبطل له (فرعان) الاول حلف بالطلاق ليؤدين له اليوم كذا فعجز بأن لم يكن معه شئ ولم يوجد من يقرضه والثانى متى نقلها أو تزوج عليها وأبرأته من كذا من صداقها فدفع لها جميع ما عليه قبل الشرط هل تبطل مال صاحب البحر الى عدم حنثه فى الفرع الاول وأخوه الى حنثه فيه واتفقا على بقائها فى الفرع الثانى فصاحب البحر استدل بما فى القنية من انه متى عجز عن اليمين واليمين موقتة فانها تبطل لانه يقتضى بطلانها فى الفرع الاول وحاصل ما استدل به فى النهر على الحنث التفرقة بينما اذا كان شرط الحنث عدميا وعجز عن مباشرته فالمختار الحنث وان كان وجوديا وعجز فالمختار عدمه كما فى عقد الفرائد لانه يفيد الحنث فى مسئلتنا اذ شرط الحنث فيها عدمى وأما الثانى ففى نظم ابن وهبان لو قبض البائع الثمن ثم أبرأ البائع المشترى منه صح الابراء ورجع على البائع بما دفعه اليه وهذا يقتضى بقاء اليمين لصحة الابراء بعد القبض ويرجع بما وقع الابراء به عليها اذ لا فرق بين دين ودين والمراد براءة الاسقاط لا براءة الاستيفاء وفى القنية ان سكنت فى هذه البلدة فامرأته طالق وخرج فى الفور وخلع امرأته ثم سكنها قبل انقضاء العدة لا تطلق لانها ليست امرأته وقت وجود الشرط نهر وهذا هو الفرق بين هذه و بين نحو ان دخلت الدار فأنت طالق أو بائن فخالع ثم دخلت فى العدة طلقت أو بانت فكانا مختلفين باختلاف الجزاء اذ هو فى مسئلة القنية فامرأته طالق وفيما ذكر فأنت الخ بحر ووجهه انها بالخلع لم تبق امرأته (قوله فان وجد الشرط فى الملك) هذا شامل لما اذا وجد فى العدة (قوله طلقت وانحلت اليمين) أى انتهت لان بقاءها ببقاء الشرط والجزاء ولا وجود لهما نهر (قوله فطلقها الخ) يشير الى ما ذكروه من انه اذا علق الثلاث بدخول الدار فحيلته أن يطلقها واحدة ثم بعد العدة تدخلها فتنحل اليمين فينكحها در (قوله ولكن انحلت لوجود الشرط) نكتة الاتيان بالاستدراك ما يتوهم من بقاء اليمين وان وجد الشرط لكونه وجد فى غير الملك (قوله فى وجود الشرط) أى تحققه وثبوته سواء كان وجوديا أو عدميا نهر قال بعض الفضلاء الظاهر انه لو أسقط لفظ الوجود كان أولى حموى عن الغنيمى لافادته عموم الاختلاف فى أصله كافادته الاختلاف فى وجوده شيخنا ومفاده انه لو علق طلاقها بعدم وصول نفقتها أياما فادعى الوصول وأنكرت ان القول له وبه جزم فى القنية لكن صحح فى الخلاصة والبزازية ان القول لها واقره فى البحر والنهر وهو يقتضى تخصيص المتون لكن قال المصنف وجزم شيخنا فى فتاواه بما يفيده المتون والشروح لانها الموضوعة لنقل المذهب در (قوله الا اذا برهنت) سواء كانت بينة على نفى أو اثبات فقد ذكر السرخسى ان الشرط يجوز اثباته بالبرهان وان كان نفيا كما لو قال لعبده ان لم أدخل الدار اليوم فأنت حر فأقام بينة انه لم يدخل تقبل قيل فعلى هذا يتخرج جواب واقعة الفتوى لو جعل أمرها بيدها ان ضربها بغير جناية ثم ضربها وقال ضربتها بجناية واقامت بينة انه ضربها بغير جناية ينبغى أن تقبل وفى شهادات الصغرى ان لم تجئ صهرتى الليلة ولم أكلمها فامرأته كذا فشهدا انها لم تجئ ولم يكلمها قبلت لكن يشكل بما سيأتى لو قال ان لم أحج العام فعبدى حر فشهدا بنحره بالكوفة

لم تقبل عندهما خلافا لمحمد لانها اقامت على النفى معنى نعم ان كان عدم القبول لاشتراط دعوى العبد كما قد قيل فلا اشكال نهر (قوله أى ان أقامت المرأة بينة) المناسب برهانا حموى يعنى ليناسب قول المصنف برهنت (قوله فالقول لها) وقع فى الوقاية انه قال صدقت فى حقها خاصة وظاهره انه لا يمين عليها ويدل عليه قولهم ان الطلاق معلق باخبارها وقد وجد ولا فائدة فى التحليف لانه وقع بقولها والتحليف لرجاء النكول وهى لو أخبرت ثم قالت كنت كاذبة لا يرتفع الطلاق لتناقضها بحر ونهر ودرر لكن نقل الحموى عن رمز المقدسى ان عليها اليمين بالاجماع اذ ليس هذا من المواضع المستثناة من قولهم كل من قبل قوله فعليه اليمين والمراهقة كالبالغة واختلف فيما لو قال لعبده ان احتلمت فأنت حر فقال احتلمت فروى هشام انه لا يصدق والاصح انه يصدق لان الاحتلام لا يعرفه غيره كالحيض نهر (قوله فى حقها لا فى حق غيرها) لانها أمينة فى حق نفسها اذ لا يعلم الا من جهتها وشاهدة فى حق غيرها بل متهمة فلا يقبل (قوله كان حضت الخ) قيد به لانه لو قال لامرأتيه ان حضتما حيضة أو ولدتما ولدا فأنتما طالقان فولدت أو حاضت احداهما طلقتا لانه يراد به احداهما لاستحالة اجتماعهما فى ولد واحد أو حيضة واحدة بخلاف ما اذا قال ان حضتما أو ولدتما فأنتما طالقان حيث يعتبر وجوده منهما للامكان زيلعى فى الصرف فعلى هذا يشترط لوقوع الطلاق عليهما وجود الولادة أو الحيض منهما حتى لو ولدت احداهما أو حاضت لم تطلق واحدة منهما (قوله تحبينى) بنون الوقاية وبدونها الا انها ليست بلازمة فى المضارع الذى آخره نون الاعراب وعند ذكرها يجوز الفك والادغام ثم اعلم ان التعليق بالمحبة كالتعليق بالحيض لا يفترقان الا فى شيئين أحدهما ان التعليق بالمحبة يقتصر على المجلس لكونه تخييرا حتى لو قامت وقالت أحبك لا تطلق والتعليق بالحيض لا يبطل بالقيام كسائر التعليقات والثانى انها ان كانت كاذبة فى الاخبار تطلق فى التعليق بالمحبة لما قلنا وفى التعليق بالحيض لا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى زيلعى (قوله فقالت حضت) وانما يقبل قولها اذا اخبرت والحيض قائم فاذا انقطع لا يقبل قولها الا انه ضرورى فيشترط فيه قيام الشرط زيلعى ولم ار مالو كانت صغيرة لا يحيض مثلها أو آيسة وينبغى أن يقبل قول الآيسة لا الصغيرة نهر ولو قال لها وهى حائض اذا حضت فأنت طالق او وهو مريض اذا مرضت فهو على حيض ومرض مستقبل فاذا عنى ما يحدث من هذا الحيض او ما يزيد من هذا المرض فهو كما نوى بخلاف ما اذا قال صحيحا ان صححت او بصيرا ان ابصرت او سميعا ان سمعت فانها تطلق حين سكت شرنبلالية عن السراج (قوله طلقت هى فقط) يعنى اذا كذبها الزوج باجماع الاربعة فان صدقها طلقت فلانة ايضا وكذا تطلق فلانة اذا علم وجود الحيض منها نهر عن الجوهرة للحدادى (قوله وان كذبت عندهما) لان المحبة لا تكون الا بالقلب فلا يفيد تقييدها به ولو قال ان كنت تحبين عذاب الله فأنت طالق فقالت احب طلقت لعدم التيقن بكذبها لانها قد تحب التخلص منه ولو بالعذاب لشدة بغضه نهر (قوله وعند محمد لا تطلق اذا كانت كاذبة فيما بينه وبين الله تعالى) لان الاصل فى المحبة القلب واللسان خلف عنه والتقييد بالاصل يبطل الخلفية ونحن نقول لا يمكن الوقوف على ما فى قلبها فنقل الى الخلف مطلقا زيلعى والخلف اخبارها عن المحبة بقولها احبك صادقة كانت او كاذبة لكن قول الشارح وعند محمد مخالف لما نقله الحموى عن المفتاح حيث ذكر زفر مكان محمد والظاهر ان الصواب فى عبارة المفتاح ابدال زفر بمحمد يدل عليه أول كلامه حيث قال ولو قال ان كنت تحبينى بقلبك فأنت طالق فقالت احبك وهى كاذبة طلقت قضاء وديانة عندهما الخ (قوله وبرؤية الدم الخ) فى تعبير المصنف بالواو دون الفاء ايماء الى ما ذكره عزمى من أن هذه المسئلة مبتداة وليست بمتفرعة على ما قبلها كما يظهر من الهداية والوقاية وغيرهما وحينئذ فلا يظهر وجه الفاء فى قول الدرر فيحكم بالطلاق بعد الدم ثلاثة أيام من اولها (قوله وقع الطلاق من حين رأت) فكان حيضا من الابتداء وفائدة هذا الاستناد تظهر فيما اذا كانت غير مدخول بها كما سيذكره الشارح او كان المعلق بالحيض عتقا فجنى العبد أو جنى عليه

أى اقامت المرأة بينة فان القول قولها (ومالم يعلم الا منها فالقول لها فى حقها) لا فى حق غيرها (كان حضت فانت طالق وفلانة او ان كنت تحبينى فانت طالق وفلانة فقالت حضت اواحبك طلقت هى فقط) ولم تطلق فلانة ولو قال ان احببتنى بقلبك فانت طالق فقالت احبك طلقت قضاء وفيما بينه وبين الله تعالى وان كذبت عندهما وعند محمد لا تطلق اذا كانت كاذبة فيما بينه وبين الله تعالى (وبرؤية الدم) بعد ما قال ان حضت فانت طالق (لا يقع) الطلاق لاحتمال أن ينقطع فيما دون الثلاث (فان استمر) الدم (ثلاثا) من الايام والليالى (وقع) الطلاق (من حين رأت) الدم حتى لو لم تكن مدخولا بها فتزوجت بزوج آخر بعد الرؤية

بعد رؤية الدم قبل ان يستمر فاذا استمر صح النكاح وكانت الجناية جناية الاحرار وفيما اذا خالعها فى الثلاث حيث يبطل الخلع لانها مطلقة قاله الحدادى ونظر فيه بان البائن يلحق الصريح لكن الظاهر أنه محمول على ما اذا لم تكن مدخولا بها وعليه فلا اشكال وعلى المفتى ان يقول طلقت حين رأت الدم ولا تحتسب هذه الحيضة من العدة لان الشرط حيث كان هو رؤية الدم لزم ان يكون الوقوع بعد بعضها ومن ثم قالوا ان الوقوع بدعى نهر (قوله ثم تمادى الخ) ولو ماتت بعد ان تزوجت من ساعتها كان ميراثها للزوج الاول دون الثانى نهر عن الخانية (قوله يقع الطلاق حين تطهر) لان الحيضة بالهاء هى الكامل منها وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر درر قيد بقوله ان حضت لانه لو قال لها انت كذا قبل ان تحيضى حيضة طلقت اذا حاضت ولا ينتظر طهرها نهر (قوله فولدتهما واحدا بعد واحد) فلو ولدتهما معا وقع الثلاث وتعتد بالاقراء ولو ولدت معه جاريتين وقع ثنتان قضاء وثلاث تنزها لان الغلام اذا كان اولا تطلق ثلاثا واحدة به وثنتان بالجارية الاولى وان كان آخرا وقع ثنتان بالجارية الاولى ولم يقع بالثانية شئ ولا بالغلام ولو ولدت غلامين وجارية لزمه واحدة فى القضاء وفى التنزه ثلاث قيد بالولادة لانه لو قال ان كان حملك غلاما فانت طالق واحدة وان كان جارية فثنتان فولدتهما والمسئلة بحالها لم تطلق لانه اسم جنس مضاف فيعم كله فالم يكن الكل غلاما او جارية لم تطلق ولو قال ان كان ما فى بطنك غلاما والباقى بحاله وقع الثلاث نهر ولو علق طلاقها بحبلها فالمستحب أن لا يطأها الا بالاستبراء لتصور حدوث الحبل ولا يقع الطلاق ما لم تلد لاكثر من سنتين من يوم اليمين لانه علقه بحدوث الحبل بعد اليمين ويتوهم حدوث الحبل قبل اليمين الى سنتين فوقع الشك فى الموقع فلا يقع بالشك كذا فى المحيط وذكر قاضى خان انه لو قال ان لم تكونى حاملا فانت طالق ثلاثا فجاءت بولد لاقل من سنتين بيوم منذ وقت اليمين لا تطلق فى الحكم وان جاءت لاكثر من سنتين بيوم طلقت فان حاضت بعد اليمين لا يقربها لاحتمال ان لا تكون حاملا وكذا اذا لم تحض لا ينبغى ان يقربها حتى تضع وقدمنا ان الولادة لا تثبت بقولها اتفاقا بل لا بد من نصاب الشهادة عنده وامرأة عندهما ولو علق طلاقها بولادتها ولدا فولدت ميتا طلقت وفى المحيط كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدين بينهما أقل من ستة أشهر طلقت بالاول وانقضت عدتها بالثانى ولا يقع طلاقا آخر ولو ولدت ثلاثا بين كل ولدين ستة أشهر وقع ثلاث وتعتد بثلاث حيض ولو قال لامرأته الحائض كلما ولدت فانت طالق للسنة فولدت ثلاثة فى بطن واحد لم يقع عندهما حتى تطهر من نفاسها فيقع فى كل طهر تطليقة وعند محمد وزفر طلقت واحدة بالولد الاول وتنقضى عدتها بالاخير بحر (قوله والحال انه لم يدر الاول) فلو علم وقع المعلق بالسابق ولا يقع بالاخير شئ لان الطلاق المقارن لانقضاء العدة لا يقع (قوله وثنتين تنزها) لو قال وأخرى تنزها لكان أظهر لايهام العبارة ان الثنتين غير الواحدة وان سلم عدم الايهام فالتنزهية انما هى واحدة فقط والاخرى قضاء حموى عن بعض الفضلاء (قوله فالاحوط ان لا يتزوجها) أى الا بعد زوج آخر (قوله ومضت العدة) أى انقضت بوضع الحمل قال فى الغاية ولا رجعة ولا ارث حموى عن ابن الشلبى (قوله التباعد عن مكان الحرمة) والمراد بمكان الحرمة مظانها كما ذكره الكمال قال ومن قال ديانة أى من فسر التنزه بالديانة يعنى فيما بينه وبين الله تعالى فقد أخطأ (قوله والملك يشترط لآخر الشرطين) دون اولهما يعنى بعد انعقاد اليمين لقوله أول الباب انما يصح فى الملك او مضافا كذا فى النهر ثم ظاهر اطلاق المصنف انه لا فرق فى اعتبار وجود آخر الشرطين فى الملك بين أن يكرر أداة الشرط مع حرف العطف أولا وليس كذلك قال فى البحر والحاصل انه اذا كرر اداة الشرط من غير عطف فان الوقوع يتوقف على وجودهما سواء قدم الجزاء عليهما أو أخره عنهما أو وسطه لكن ان قدمه أو أخره فالملك يشترط عند آخرهما وهو الملفوظ به أولا على التقديم والتأخير وان وسطه فلا بد من الملك عندهما وان كان بالعطف فانه موقوف على أحدهما ان قدم الجزاء أو وسطه واما اذا أخره فانه موقوف عليهما وان لم يكرر اداة الشرط فانه لا بد من وجود الشيئين قدم الجزاء عليهما أو اخره عنهما

ثم تمادى بها الدم كان النكاح صحيحا (وفى ان حضت حيضة يقع) الطلاق (حين تطهر) من الحيض ولم يقع قبل الطهر (وفى ان ولدت ذكرا فانت طالق) طلقة (واحدة وان ولدت انثى فثنتين فولدتهما و) الحال انه (لم يدر الاول) منهما (تطلق) طلقة (واحدة قضاء وثنتين تنزها) حتى لو طلقها واحدة قبل ذلك وأراد ان يتزوجها قبل زوج آخر فالاحوط ان لا يتزوجها (ومضت العدة) بوضع الحمل والمراد بالتنزه التباعد عن مكان الحرمة (والملك يشترط لآخر الشرطين)

وفى الولوالجية اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق وطالق وطالق ان كلمت فلانا فالطلاق الاول والثانى يتعلق بالشرط الاول والثالث بالشرط الثانى حتى لودخلت تطلق تطليقتين ولو كلمته طلقت واحدة لان يصير الشرط الاول شرط الانعقاد فى حق الكل والثانى شرط الانحلال فى الكل لانا لوعلقنا الجزاء الثانى بالدخول كان الجزاء مؤخرا عن الشرط ولوعلقناه بالكلام كان الجزاء مقدما على الشرط والاصل فى الشرط هو التقديم فهما أمكن حفظه على الاصل لا يغير ولوقال لامرأته انت طالق ان دخلت الدار وعبدى حر وعلى المشى الى بيت الله الحرام ان كلمت فلانا فالطلاق على الدخول والعتق والمشى على الكلام ألحق الجزاء المتوسط بالشرط الاخير هنا بخلاف ما تقدم لان ثمة الكلام متفق عليه لانه عطف الاسم على الاسم فصار الوصل أصلا وانما يقطع لضرورة ولا ضرورة فى حق المتخلل اما هنا فالكلام منقطع لانه عطف الاسم على الفعل فلا يلحق بالاول الا لضرورة لانه أمكن الحاقه بالثانى اه (قوله صورتها قال لها ان كلمت اباعمرو وأبايوسف الخ) قيد به لما فى البحر عن الخانية قال لها ان دخلت دار فلان وفلان يدخل فى دارك فانت طالق فدخلت المرأة دار فلان وفلان لم يدخل دارها حنث فى يمينه لانه يراد باليمين أحدهما دون الجمع اه ومقتضى التعليل وقوع الطلاق اذا دخل فلان ولم تدخل هى (قوله طلقت ثلاثا مع الواحدة الاولى) أى منها الواحدة الاولى شيخنا (قوله والثانى فى غير الملك) فلا يقع اجماعا الا عند ابن أبى ليلى (قوله خلافا لزفر) اعتبارا له بالشرط الثانى وهذا لانهما كشئ واحد الا ترى ان الطلاق لا يقع الا بهما ثم الملك يشترط عند وجود الثانى فكذا عند الاول ولنا ان حال وجود الشرط الاول حال البقاء فلا يشترط فيه الملك لاستغنائه عنه فى حالة البقاء وانما يشترط ذلك وقت التعليق زيلعى (قوله ويبطل تنجيز الثلاث تعليقه) ومما يبطل به التعليق أيضا الحكم بلحاقه مرتدا بدار الحرب كما مر وفوت محل البر نحو ان كلمت فلانا او دخلت هذه الدار فمات او جعلت بستانا وفى القنية لا يخرج من بخارى الا باذن هؤلاء الثلاثة فجن أحدهم لا يخرج لانه ان أفاق المجنون حنث ولو مات لا يحنث لبطلان اليمين وستأتى مسئلة الكوز بفروعها نهر وبحر (قوله والاولى ان يرجع للزوج حتى يشمل الخ) وفى البحر الاولى ان يعود الى الطلاق ولا يخفى ان اضافة المصدر لفاعله هى الاصل نهر (قوله لم يقع شئ) لان المعلق انما هو طلقات هذا الملك وقد فات نهر (قوله وقال زفر يقع ماعلق) هو يقول ان المعلق مطلق الطلاق وقد بقى احتمال الوقوع بعد تنجيز الثلاث فتبقى اليمين فينزل الجزاء عند الشرط ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لان اليمين انما تعقد لطلاق يصلح جزاء اما طلقات ملك سيوجد فلا يصلح جزاء فاذا ثبت تقييد الجزاء بطلقات هذا الملك وقد فاتت بالتنجير فتبطل اليمين ضرورة بخلاف ما اذا أبانها بما دون الثلاث لان الجزاء باق لبقاء محله فان قيل يشكل بما اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه لا تبطل اليمين مع ان العبد لم يبق محلا ليمينه وبما اذا طلقها ثلاثا بعد ما ظاهر منها منجزا أو معلقا بان قال ان دخلت الدار فانت على كظهر أمى ثم نجز الثلاث تبقى اليمين بالظهار وان فات المحل حتى لو تزوجها بعد زوج آخر ودخلت الدار صار مظاهرا قلنا اما الاول فلان العبد بصفة الرق محل للعتق وبالبيع لم تفت تلك الصفة حتى لو فاتت بالعتق لم تبق اليمين وأما الثانى فلان الظهار تحريم الفعل لا تحريم الحل الاصلى الا ان قيام النكاح من شرطه فلا يشترط بقاؤه لبقاء المشروط كالشهود فى النكاح بخلاف الطلاق لانه تحريم الحل الاصلى وقد فات بتنجيز الثلاث فيفوت بفوات محله فافترقا زيلعى (قوله لانه لو نجز ثنتين) أى بعد تعليق الواحدة فعادت اليه بعد زوج آخر ووجد الشرط حرمت عنده حرمة غليظة وعند الامام الاعظم وابى يوسف لا تحرم لان الزوج الثانى يهدم مادون الثلاث كما يهدم الثلاث عندهما وقال محمد انه لا يهدم فتعود عنده بما بقى من طلقات الملك الاول واما لو طلقها ثنتين ثم عادت اليه بعد زوج آخر وقد كان علق الثلاث ثم وجد المعلق عليه طلقت ثلاثا اتفاقا اما عندهما فلوقوع المعلق كله لان الزوج الثانى هدم الواقع واما عند محمد فلوقوع واحدة من المعلق لان الثانى لا يهدم بحر (قوله لا يبطل التعليق) لان

الجزاء

صورتها قال لها ان كلمت اباعمرو وأبايوسف فانت طالق ثلاثا فطلقها واحدة فانقضت عدتها فكلمت أبا عمرو ثم تزوجها فكلمت أبايوسف طلقت ثلاثا مع الواحدة الاولى والمسئلة على أربعة اوجه اما ان وجد الشرطان فى الملك فيقع مابقى من الثلاث اجماعا أو وجدا فى غير الملك فلا يقع اجماعا أو وجد الاول فى الملك والثانى فى غير الملك فلا يقع اجماعا أيضا أو وجد الاول فى غير الملك والثانى فى الملك فتطلق عندنا خلافا لزفر (ويبطل تنجيز الثلاث تعليقه) أى تعليق الثلاث على ما يشير اليه اكثر الكتب والاولى أن يرجع الى الزوج حتى يشمل تعليق الثلاث ومادونه صورتها قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق ثم طلقها ثلاثا ثم عادت اليه بعد زوج آخر ثم دخلت الدار لم يقع شئ وقال زفر يقع ماعلق وانما قيد بالثلاث لانه لو نجز ثنتين بعد التعليق لا يبطل التعليق عندهما

الجزاء باق لبقاء محله بحر (قوله وعند محمد هى طالق مابقى من الطلاق) لم يظهر من هذه العبارة فرق بين قولهما وقول محمد لشدة ايجاز العبارة كما تعلم بمراجعة الزيلعى حموى (قوله ولو علق الثلاث أو العتق بالوطء) اى الجماع بان قال ان وطئتك او جامعتك فانت كذا حنث بالتقاء الختانين ولو نوى بالاول الدوس بالقدم لم يصدق فى صرفه الجماع لكن يحنث به أيضا ولو قال ان وطئت كان على الدوس بالقدم اتفاقا وبالثانى الموافقة لما فى شئ من الاشياء فالظاهر انه لا يصدق أيضا (حكى) عن الطحاوى انه كان يملى ابنته مسائل قائلا فيها انا جامعنا كم على كذا أو استم جامعتمونا على كذا مريدا هذا المعنى فتبسمت فقال ماشأنك فتبسمت ايضا فلما أحس انها ذهبت الى الجماع المعروف غضب وقطع الاملاء وقال اللهم انى لا أريد الحياة بعد هذا فمات بعد خمسة أيام وكان هذا فى آخر عمره لانه جاوز الثمانين أو التسعين بناء على الاختلاف فى ولادته فقيل سنة تسع وعشرين ٢ وقيل ثلاثين ومائتين ولم يختلفوا فى ان موته سنة احدى وعشرين وثلثمائة وله من الكتب أحكام القرآن ومعانى الآثار ومشكل الآثار والمختصر الفقهى والشروط الكبير والصغير والاوسط والمحاضر والسجلات والوصايا والفرائض وتاريخ كبير ومناقب ابى حنيفة والنوادر الفقهية والنوادر والحكايات واختلاف الفقهاء وعقيدة فى أصول الدين وحكم اراضى مكة وقسمة الفئ والغنائم وشرح الجامع الصغير والكبير والعقيدة وغير ذلك نهر وله أيضا مسند ذكره المناوى فى حرف الهمزة فى الكلام على قوله عليه السلام احفوا الشارب واعفوا اللحى ولا تشبهوا باليهود رواه الطحاوى عن أنس بن مالك فى مسنده وذكر ان طحى كسعى قرية من قرى مصر اه (قوله وعن أبى يوسف انه اوجب المهر فى اللبث أيضا) لوجود الجماع بالدوام بعد الثلاث وجه الظاهر ان الجماع ادخال الفرج فى الفرج ولم يوجد لان الادخال لا دوام له حتى يكون لدوامه حكم الابتداء ولهذا لو حلف لا يدخل دابته الاصطبل وهى فيه لا يحنث بامساكها فيه زيلعى (قوله ولم يصر به مراجعا) قال فى البحر وجزم المصنف بقول محمد دليل على انه المختار لانه فعل واحد فليس لآخره حكم فعل على حدة وقيل ينبغى ان يصير مراجعا عند الكل لوجود المساس بشهوة كذا فى المعراج وينبغى تصحيح قول ابى يوسف لظهور دليله يعنى المساس بشهوة اه (قوله الا اذا أولج ثانيا ولو حكما) بان حرك نفسه فانه يجب عليه العقر ويصير مراجعا اتفاقا لكن لا يجب الحد ولقائل ان يقول هذا فى الطلاق مسلم لوجود العدة اما فى العتق فينبغى ان يجب لخلو الوطء عن الملك وشبهته وجوابه ان هذا ليس بابتداء فعل من كل وجه لاتحاد المجلس والمقصود نهر وهو قضاء الشهوة فاذا امتنع الحد للشبهة وجب المهر لانه يجب مع الشبهة زيلعى (قوله وكذا لم يصر مراجعا به اذا كان الطلاق المعلق رجعيا عند محمد) وعن محمد لو أن رجلا زنى بامرأة ثم تزوجها فى تلك الحالة فان لبث على ذلك ولم ينزع وجب عليه مهران مهر بالوطء ومهر بالعقد وان لم يستأنف الفعل لان دوامه على الفعل فوق الخلوة بعد العقد زيلعى قال فى البحر وتخصيص الرواية بمحمد لا يدل على خلاف بل لانها رويت عنه دون غيره قال فى النهر وهذا يشكل على مامر فقد جعل لآخر هذا الفعل حكم على حدة انتهى وأقول لا اشكال فيه لان مامر مبنى على ماهو المذهب عند محمد وما هنا رواية كما يفيده التعبير بعن حموى وفيه مع ماسبق عن البحر من قوله وتخصيص الرواية بمحمد الخ تأمل وفى البزازية لا يقربها فاستلقى وجاءت وقضت منه حاجتها يحنث فيما عليه الفتوى ولو نائما لا يحنث ولو قال لامته ان جامعتك فانت حرة فالحيلة ان يبيعها من غيره ثم يتزوجها ويطأها فتنحل لا الى جزاء ثم يشتريها منه فيطأها فلا تعتق ولو حلف لا يغشاها وهو عليها فاليمين على الاخراج ثم الادخال فان دام عليها لا يحنث بحر (قوله وعند ابى يوسف يصير مراجعا) تقدم ترجيحه (قوله لم تطلق هذه المرأة) يعنى الجديدة كما فى النهر لان التزوج عليها هو أن يدخل عليها من يشاركها فى القسم ولم يوجد قيد بقوله عليك لانه لو لم يقله طلقت الجديدة اه (قوله اذا كان فى عدة الرجعى تطلق) ينبغى ان يقيده اذا أراد رجعتها لما مر من انه لا يقسم لها الا عند هذه الارادة وهذه واردة على المصنف نهر

٢ قوله وقيل ثلاثين اى تسع وثلاثين اه منه

وعند محمد هى طالق مابقى من الطلاق وهو قول زفر والشافعى (ولو علق الثلاث) أو البائن (او العتق بالوطء لم يجب العقر باللبث) بعد الطلاق أو العتق بالالتقاء وعن ابى يوسف انه أوجب المهر باللبث أيضا (ولم يصر مراجعا به) أى باللبث (فى الرجعى الا ان أولج ثانيا) بعد الاخراج فانه يجب العقر فيهما ويصير مراجعا به بالاجماع صورته قال لامرأته أو لامته ان جامعتك فانت طالق أو انت حرة فلما التقى الختانان ولبث ساعة لم يجب عليه العقر وكذا لم يصر مراجعا به اذا كان الطلاق المعلق رجعيا عند محمد وعند ابى يوسف يصير مراجعا (ولا تطلق فى ان نكحتها عليك فهى طالق فنكحها عليها فى عدة) الطلاق (البائن) صورته قال لامرأته ان تزوجت عليك فالتى اتزوج طالق فطلق امرأته طلاقا بائنا ثم تزوج امرأة اخرى فى عدتها لم تطلق هذه المرأة قوله فى عدة البائن اشارة الى انه اذا كان فى عدة الرجعى تطلق

(قوله ولا فى قوله انت طالق ان شاء الله) حاصله انه اذا علقه بمشيئة من لا تعلم مشيئته او بارادته او بمحبته أو رضاه كالبارئ والملائكة والجن والحائط او أشرك معه من تعلم مشيئته كان شاء الله وزيد بأداة هى ان او الا ان أو اذا أو ما او الباء أو ان لم تطلق لرواية الترمذى من حلف على يمين وقال ان شاء الله لم يحنث نهر (تتمة) جرى على لسانه من غير قصد لا يقع الطلاق لان لفظ الاستثناء وجد حقيقة وهو صريح فلا يفتقر الى النية كقوله أنت طالق زيلعى فلا يشترط القصد ولا التلفظ بهما فلو تلفظ الطلاق وكتب الاستثناء موصولا او عكس اوأزال الاستثناء بعد الكتابة لم يقع كما فى العمادية ولا العلم بمعناه ولو اشهد بها أى بكلمة الاستثناء وهو لا يذكرها ان كان بحال لا يدرى ما يجرى على لسانه لغضب جاز له الاعتماد عليهما والا لا در عن البحر ثم المراد من قوله او عكس ان يكتب الطلاق ويتلفظ بالاستثناء على فور فراغه من الكتابة وليس المراد تقديم الاستثناء على الطلاق كما قد يتوهم (قوله متصلا مسموعا) بحيث لو قرب شخص أذنه الى فمه سمع فصح استثناء الاصم در عن الخانية (قوله خلافا لمالك) لانه لو لم يشأ الله لما اجراه على لسانه والحجة عليه ما بينا من قوله عليه السلام من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد استثنى فى رواية النسائى وفى رواية الترمذى لم يحنث وقال تعالى حكاية عن موسى عليه السلام ستجدنى ان شاء الله صابرا ولم يصبر ولم يكن بذلك مخالف الوعد لانه علقه بمشيئة الله تعالى وما جرى على لسانه تعليق لا تطليق زيلعى (قوله وان ماتت قبل قوله ان شاء الله) لان الكلام خرج بالاستثناء عن ان يكون ايجابا والموت ينافى الموجب لا المبطل درر لان الموجب يستدعى المحل والموت ينافى المحل فينافى الايجاب اما المبطل فيستدعى صحة الايجاب وهو قائم بالزوج والموت لا ينافيه بل يلائمه فى الابطال عزمى عن الكافى قيد بموتها لانه لو مات الزوج قبل الشرط وقع الطلاق اذ لم يتصل بكلامه الشرط درر وانما تعلم ارادته الاستثناء بقوله قبل ذلك انى أطلق امرأتى وأستثنى عزمى (قوله لانه لو سكت ثبت حكم الصدر) ولا يبطل بان شاء الله وعن ابن عباس جوازه الى سنة وعنه جوازه أبدا روى ان امرأة انكرت على ابن عباس فى ذلك وقالت لو كان ما قاله جائزا لم يكن لقوله تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث معنى روى ان أبا جعفر المنصور قال لابى حنيفة لم خالفت جدى فى الاستثناء المنفصل فقال له لحفظ الخلافة عليك فانك تأخذ عقد البيعة بالأيمان والعهود على وجوه العرب وسائر الناس فيخرجون من عندك و يستثنون فيخرجون عليك فقال أحسنت فاستر على زيلعى (تتمة) قال أنت طالق ثلاثا وثلاثا ان شاء الله او انت حر وحر ان شاء الله تطلق و يعتق وقالا لا تطلق ولا يعتق لان التكرار شائع فى كلامهم فيحمل عليه تصحيحا لكلامه فلا يبطل اتصال الشرط وله ان اللفظ الثانى لغو اذ لا يفيد فوق ما يفيده الاول ولا وجه لكونه تأكيدا للفصل بالواو فيمنع المعطوف عن اتصال الشرط به فيقع درر وقيد المعطوف بكونه بلفظ المعطوف عليه احترازا عما لو كان بمرادفه كما لو قال أنت حر وعتيق ان شاء الله فانه لا يجعل فاصلا و يصح الاستثناء شرنبلالية ثم التعليق بمشيئة الله اعدام وابطال له عندهما وعند أبى يوسف هو تعليق بشرط لا يوقف عليه فلا يقع كما لو علقه بمشيئة غائب وثمرة الخلاف تظهر فى مواضع منها اذا قدم الشرط ولم يأت بالفاء فى الجواب بان قال ان شاء الله أنت طالق فعندهما لا يقع لانه ابطال وعند أبى يوسف يقع وبه يفتى درر لان التعليق لا يصح الا بالرابط وهو الفاء كما لو قال ان دخلت الدار أنت طالق وكذا لو قال ان شاء الله وأنت طالق او قال كنت طلقتك أمس ان شاء الله لا يقع عندهما خلافا لابى يوسف ومنها اذا جمع بين يمينين بان قال أنت طالق ان دخلت الدار وعبدى حر ان كلمت زيدا ان شاء الله ينصرف الى الجملة الثانية عند أبى يوسف كالشرط وعندهما الى الكل ولو أدخله فى الايقاعين بان قال أنت طالق وعبدى حر ان شاء الله ينصرف الى الكل بالاجماع ومنها اذا حلف لا يحلف بالطلاق او باليمين يحنث بذلك عند أبى يوسف خلافا لهما وكذا اذا علقه بمشيئة من لا تظهر مشيئته كالجن والحائط والملائكة يكون تعليقا او ابطالا على الاختلاف المذكور ولو قال أنت طالق بمشيئة الله تعالى او بارادته او بمحبته او برضاه

(ولا) تطلق (ف) قوله (انت طالق ان شاء الله) حال كونه (متصلا به) خلافا لمالك (وان ماتت قبل قوله ان شاء الله) وانما قيد بقوله متصلا لانه لو سكت ثبت حكم الصدر ولا يبطل ان شاء الله وهذا اذا سكت من غير ضرورة

لا يقع

لا يقع لانه ابطال او تعليق بما لا يوقف عليه كقوله ان شاء الله لان حرف الباء للالصاق وفى التعليق الصاق الجزاء بالشرط وان أضافه الى العبد كان تمليكا منه فيقتصر على المجلس كقوله ان شاء فلان او أراد أو أحب اورضى فان علم العبد فى المجلس وشاء وقع الطلاق در وان قال بحكمه او بأمره او بقضائه او باذنه او بعلمه او بقدرته يقع فى الحال سواء أضافه الى الله او الى العبد لانه يراد فى مثله التنجيز عرفا كقوله بحكم القاضى وان قال بحرف اللام يقع فى الوجوه كلها لانه للتعليل كانه قال أنت طالق لدخولك الدار سواء أضافه الى الله او الى العبد وان ذكر بحرف فى ان اضافه الى الله لا يقع فى الوجوه كلها الا فى العلم لانه يذكر للمعلوم وهو واقع ولانه لا يصح نفيه عن الله تعالى بحال لانه يعلم ما كان وما لم يكن فكان تعليقا بأمر موجود فيكون ايقاعا ولا يلزم القدرة لان المراد بالقدرة هنا التقدير ويقدر شيئا وقد لا يقدره حتى لو أراد به حقيقة قدرة الله تعالى يقع فى الحال زيلعى (فالحاصل) ان هذه الالفاظ عشرة أربعة منها للتمليك وهى المشيئة والارادة والمحبة والرضى وستة ليست للتمليك وهى الامر والحكم والقضاء والاذن والعلم والقدرة والكل على وجهين اما أن تضاف الى الله أو الى العبد وكل وجه على وجوه ثلاثة اما أن تكون بالباء أو باللام أو بفى فكلها باللام تنجيز مطلقا وكذا الستة الاخيرة بالباء والاربعة الاول تعليق ان أضيفت الى الله وتمليك ان أضيفت الى العبد وكلها بفى ان أضيفت الى الله تعليق الا العلم وان اضيف الى العبد فالاربعة الاول تمليك والباقى تعليق عينى (تتمة) ادعى الاستثناء وانكرته لا يقبل الا ببينة وعليه الفتوى (قوله أما اذا سكت للتنفس الخ) أو نداء كانت طالق يا زانية ان شاء الله صح الاستثناء كما فى الخانية بخلاف الفاصل اللغو كانت طالق رجعيا ان شاء الله وقع وبائنا لا يقع در ولو قال رجعيا أو بائنا يسئل عن نيته فان عنى الرجعى لا يقع وان عنى البائن وقع واجمعوا انه لو قال أنت طالق واحدة وثلاثا ان شاء الله لم يقع ولو قال أنت طالق ثلاثا بوائن ان شاء الله وقع ولو قال واحدة بائنة ان شاء الله لم يقع نهر ومن الاستثناء انت طالق لولا ابوك أو لولا حسنك أو لولا انى احبك فلا يقع كما فى الخانية ومنه سبحان الله ذكره ابن الهمام فى فتواه در (قوله او نحوهما) كالجشاء والسعال وثقل اللسان أو امساك فم در (قوله وفى أنت طالق ثلاثا الخ) شروع فى بيان الاستثناء الوضعى بعد الفراغ من العرفى والحق بالتعليق لاشتراكهما فى منع الكلام من اثبات موجبه الا ان الشرط يمنع الكل والاستثناء البعض وقدم المشيئة لمشابهتها للشرط فى منع الكل وذكرها أداة التعليق غير انه منع لا الى غاية والشرط منع الى غاية محققة ثم ان الاستثناء بيان بالا واحدى اخواتها انما بعدها لم يرد بحكم الصدر نهر ثم الاصل ان الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا وشرط صحته ان يبقى ما يتكلم به بعد الاستثناء وهذا اذا كان الاستثناء متصلا بصدر الكلام لانه مغير لصدره ففى المسئلة الاولى الباقى بعد الاستثناء ثنتان فيقعان وفى الثانية الباقى واحدة فتقع وفى الثالثة لم يبق بعد الاستثناء ما يتكلم به فيبطل الاستثناء حموى عن باكير واعلم ان ثمرة الاختلاف بيننا وبين الامام الشافعى فى ان الاستثناء تكلم بالباقى عندنا وعنده منع للحكم بطريق المعارضة تظهر فيما اذا قال له على ألف الا مائة او خمسين يلزمه تسعمائة للشك فى الدخول وعنده تسعمائة وخمسون لانه داخل عنده بيقين والشك فى المخرج و يشترط ان يكون متصلا بخلاف العطف حيث يصح وان كان منفصلا لكونه غير مغير عينى (قوله وفى ظاهر الرواية) يعنى عن ابى يوسف كما هو ظاهر حموى (قوله وفى ثلاثا الا ثلاثا ثلاث) لان استثناء الكل باطل ان كان بلفظ الصدر او مساويه وان بغيرهما كنسائى طوالق الا هؤلاء أو الا زينب وعمرة وهند وعبيدى احرار الا هؤلاء او الا سالما وغانما وراشدا وهم الكل صح در وقوله ان كان بلفظ الصدر او مساويه الاول هو مسئلة المتن والثانى كقوله عبيدى احرار الا مماليكى و يعتبر كونه كلا او بعضا من جملة الكلام لا من جملة الكلام الذى يحكم بصحته ففى انت طالق عشرا الا تسعا يقع واحدة والا ثمانية يقع ثنتان وهكذا ثم كون المستغرق لغوا مقيد بما اذا لم يكن بعده استثناء آخر يكون جزاء للصدر فان كان صح وعلى هذا تفرع ما لو قال انت طالق ثلاثا الا ثلاثا الا واحدة يقع واحدة نهر ووضحه انك تسقط الواحدة الاخيرة

اما اذا سكت للتنفس أو العطاس أو نحوهما فهو لا يمنع الاتصال (وفى) قوله (انت طالق ثلاثا الا واحدة) يقع (ثنتان وفى الا ثنتين) يقع (واحدة) وعن ابى يوسف انه لا يصح استثناء الاكثر وفى ظاهر الرواية لا فرق (وفى) قوله انت طالق ثلاثا (الا ثلاثا) يقع (ثلاث)

عما يليها وهو الثلاث فيبقى اثنان تسقطهما من الثلاث الاولى يبقى واحدة موقعة ولو قال الا ثنتين الا واحدة وقعت ثنتان لان الاستثناء اذا تعدد بلا واو كان الكل اسقاطا مما يليه فيلزم ان كل فرد اسقاط من الصدر وكل شفع جبرله ولو قال انت طالق ثلاثا الا واحدا وثنتين طولب بالبيان فان مات قبله طلقت واحدة فى رواية ابن سماعة عن ابى يوسف وهو قول محمد وهو الصحيح لانه وقع الشك فى الثانية فلا تقع بالشك نهر ولو قال له على عشرة الا تسعة الا ثمانية الا سبعة الا ستة الا خمسة الا أربعة الا ثلاثة الا اثنين الا واحدة لزمه خمسة بحر عن المحيط وطريقة أخرى لمعرفتها تأخذ الثلاث بيمينك والثنتين بيسارك والواحدة بيمينك ثم تسقط ما اجتمع فى يسارك مما اجتمع فى يمينك فما بقى فهو الواقع اه واذا علمت بطريق اسقاط كل فرد من الصدر فمناه اذا اسقطت التسعة من العشرة يبقى واحد يجبر بالثمانية يكون المجموع تسعة فتسقط منها السبعة يبقى اثنان تجبرهما بالستة ثم تسقط من المجتمع الخمسة يبقى ثلاثة تجبرها بالاربعة ثم تطرح من المجتمع الثلاثة يبقى اربعة تجبرها بالاثنين ثم تطرح من المجتمع الواحد يبقى خمسة وهو الجواب وعلى الطريقة الاخرى اذا أخذت التسعة باليمين والثمانية باليسار والسبعة باليمين والستة باليسار وهكذا الى أن تأخذ الواحدة باليمين يجتمع فى اليمين خمسة وعشرون وفى الشمال عشرون وباسقاطها مما فى اليمين يبقى الجواب وأقرب منه ان تسقط الاخير من متلوه ثم ما بقى من متلوه وهكذا فما بقى فهو المطلوب ولما كان المرض من العوارض أخربيانه عن حكم الاصل وهو الصحة فقال

(باب طلاق المريض)

ويقال له الفار أيضا وبه عنون بعض المتأخرين لان حكم الباب لا يختص بالمريض والمصنف كغيره انما ترجم به نظرا الى اصالته نهر لكن قال الحموى اراد بالمريض ما يعم الحقيقى والحكمى كالمقرب للقتل وعلى هذا فالترجمة مساوية لما ترجم به بعض المتأخرين (فرع) الشخص الصحيح فى فشو الطاعون كالمريض عند الشافعية وفى الفتح لم اره لمشايخنا اه لكن قواعدهم تقتضى انه كالصحيح قال فى الاشباه غايته ان يكون كالذى طلق وهو فى صف القتال وأقره فى النهر والحموى قال فى الشرنبلالية وليس مسلما اذ لا مماثلة بين من هو مع قوم يدفعون عنه فى الصف وبين من هو مع قوم هم مثله ليس لهم قوة الدفع عن احد الخ وفيه نظر لا يخفى والمراد من فشو الطاعون انتشاره قال فى القاموس فشا خبره وفضله فشوا وفشوا وفشيا انتشر والفواشى ما انتشر من المال كالغنم السائمة والابل وغيرها الخ (قوله فى حد المريض) فيه ان التحديد انما يكون للحقيقة لا للذات اللهم الا ان يقال أراد بالحد التفسير حموى وحده بالنسبة لجواز ترك القيام فى الصلاة أن يكون بحيث يلحقه بالقيام ضرر على الاصح كما فى الجوهرة وعلم من كلامهم انه لا يجوز للزوج المريض التطليق لتعلق حقها بماله الا اذا رضيت به بحر وقوله فى النهر وفيه نظر لان الشارع حيث رد عليه قصده لم يكن آتيا الا بصورة الابطال لا بحقيقته فيه نظر لان رد الشارع قصده لا ينافى حصول الحرمة بالاقدام على ما هو معصية حموى (قوله ان يقوم بنفسه) أى بقوة نفسه وفيه ان القيام اذا وصل بالباء لم يكن معناه الانتصاب حموى وانما يكون معناه انه ولى امر نفسه فلم يكن مولى عليه شيخنا (قوله والصحيح انه اذا امكنه الخ) كذا قاله المصنف فى الكافى وقال الزيلعى والصحيح ان من عجز عن قضاء حوائجه خارج البيت فهو مريض وان امكنه القيام بها فى البيت اذ ليس كل مريض يعجز عن القيام بها فى البيت كالقيام للبول والغائط فكلام الشارح مخالف لما فى الزيلعى ويوافق ما فى الشرنبلالية عن الكمال ونصه اذا امكنه القيام بها فى البيت لا خارجه فالصحيح انه صحيح اه ومنه تعلم ما وقع فى عبارة بعضهم حيث ذكر ان ما ذكره الشارح موافق لما فى الزيلعى ومخالف لما ذكره الكمال وليس كذلك فالصواب فى عبارته العكس ومنشأ هذا انه سقط من نسخته حرف النفى من قوله لا يكون

مريضا

(باب طلاق المريض) واختلفوا فى حد المريض قيل هو الذى لا يقدر ان يقوم بنفسه الا ان يعينه انسان وقيل هو الذى يكون صاحب فراش وان كان يقوم بنفسه وفى الجامع الصغير الخانى فسركونه صاحب فراش بان لا يقوم بحوائجه الا بكلفة ومشقة وكان الغالب من حاله الهلاك والصحيح انه اذا امكنه القيام بحوائجه فى البيت

مريضا والمقعد والمفلوج ما دام يزداد ما به فهو مريض فان صار قديما ولم يزدد فهو كالصحيح فى الطلاق وغيره درر وقوله فان صار قديما أى بأن استمر سنة (قوله ولا يمكنه القيام خارج البيت) كعجز الفقيه عن الاتيان الى المسجد وعجز السوقى عن الاتيان الى مكانه فأما من يذهب ويجيء فلا وهو الصحيح وهذا فى حقه اما فى حقها فيعتبر عجزها عن القيام بمصالحها داخل البيت كذا فى البزازية وزاد فى فتح القدير ما ذكره الشارح (قوله والمرأة اذا كانت الخ) كذا فى فتح القدير ونصه اذا لم يمكنها الصعود الى السطح فهى مريضة اه قال فى الشرنبلالية وهذا مذكور فى الذخيرة والاولى ما فى النهر عن البزازية بان تعجز عن المصالح الداخلة ومقتضاه أنها لو قدرت على نحو الطبخ دون صعود السطح لم تكن مريضة وهو الظاهر اه والحامل اذا أخذها الطلق كالمريضة درر ولم يقيده بما اذا تم لها ستة أشهر كما فى الزيلعى ولهذا قال فى الشرنبلالية ولا يخفى ان العادة صعوبة طلق السقط بما هو أشد فى تمام المدة اه واختلف فى تفسير الطلق فقيل هو الوجع الذى لا يسكن حتى تموت او تلد وقيل وان سكن لان الوجع يسكن تارة ويهيج أخرى والاول اوجه اه فعلى ما هو الاوجه اذا جاءت الفرقة من جهتها بعد سكون الطلق ثم ماتت لا يرث منها (قوله طلقها رجعيا او بائنا) طائعا احترازا عما لو اكره على طلاقها فانها لا ترث كما لو اكرهت على سؤالها الطلاق حيث ترث كما فى القنية وعرف منه انه لو جامعها ابنه مكرهة فانها ترث ولم يقيده به لان الطواعية هى الاصل فصرف المطلق اليها ثم الطلاق ليس بقيد بل كذلك لو أبانها بخيار بلوغ وتقبيل أمها او بنتها او ردته كما فى البدائع وكانه أراد به كل فرقة جاءت من قبله نهر (قوله أى امرأة حرة مسلمة) فلو كانت أمة او ذمية لا ترث حيث كان هو مسلما وان كان فارا بقى ان ظاهر صنيع الشارح ان العبرة بأهلية الارث عند الطلاق الرجعى كما فى البائن وليس كذلك بل العبرة فى الرجعى بالاهلية عند الموت حتى لو كانت الزوجة رقيقة او كافرة ثم اعتقت او أسلمت ومات وهى فى العدة يجرى التوارث بينهما شيخ شاهين بخلاف البائن فانه يشترط فيه الاهلية للميراث وقت الطلاق والموت وما بينهما بحر وفى الزيلعى من تقييده ارثها منه اذا طلقها بعد ما تعلق حقها بماله بقوله وكانت وقت الطلاق ممن ترثه الخ يتعين حمله على خصوص البائن لا ما يعم الرجعى (قوله رجعيا) كان ينبغى حذف الرجعى من هذا الباب لانها فيه ترث ولو طلقها فى الصحة ما بقيت العدة بخلاف البائن فانها لا ترثه الا اذا كان فى المرض ولقد أحسن القدورى فى اقتصاره على البائن نهر (قوله بغير رضاها) صوابه التأخير بان يقال او بائنا او ثلاثا بغير رضاها فيكون تصريحا بمفهوم قوله الآتى وان أبانها بأمرها الخ اذ لا يصح جعله قيدا فى الرجعى لما سيأتى انها لو سألته الطلاق الرجعى فأبانها غليظة او خفيفة ومات وهى فى العدة ورثته (قوله او ثلاثا) فيه ان الثلاث من افراد البائن فلا يصح عطفه بأو حموى (قوله فى مرضه) قيد للبائن لا لهما على خلاف القاعدة الاصولية حموى لان النكاح فى الرجعى قائم ولهذا ترثها ان ماتت بخلاف البائن حتى لو أبانها فى صحته ثم مات لا ترث سواء مرض بعد الابانة أو لا وسواء مات والعدة باقية او لا وأما فى الرجعى فترث منه مطلقا اذا مات وهى فى العدة بخلاف البائن لان السبب هو النكاح وقد زال فلا ترثه كما لا يرثها وقوله فى مرضه أى المتصل بالموت حتى لو صح ثم مات فى عدتها لم ترث اما اذا لم يصح حتى قتل او مات من غيره ورثت وكذا لو علق طلاقها بمرضه كما صححه فى الخانية او وكل به وهو صحيح فأوقعه حال مرضه قادرا على عزله لا اذا لم يقدر كما فى الظهيرية وفى الكافى قال لزوجتيه احداكما طالق ثم بين ذلك فى المرض صار بالموت فارا أقول وعلى هذا فينبغى انه لو حلف وهو صحيح لكنه حنث وهو مريض فبينه فى واحدة انه يكون فارا ولم أره ولو كذبها الورثة بعد الموت فى كون الطلاق فيه فالقول لها لانهم يدعون الحرمان بالطلاق فى الصحة وهى تنكر كما لو قالت طلقنى وهو نائم وقالوا فى اليقظة بخلاف ما لو كانت الزوجة أمة فادعت العتق قبل موته وقالت الورثة انما كان بعده حيث يكون القول لهم ولا يعتبر قول مولاها كما لو ادعت انها أسلمت فى حياته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول لهم والقول لها انه مات قبل انقضاء عدتها مع اليمين فان نكلت

ولا يمكنه القيام خارج البيت لا يكون مريضا مرض الموت والمرأة اذا كانت بحيث لا يمكنها القيام للصعود على السطح كانت مريضة والا لا لو (طلقها) اى امرأة حرة مسلمة (رجعيا) بغير رضاها (او بائنا) أو ثلاثا (فى مرضه)

لا ارث لها ولو تزوجت قبل موته ثم قالت لم تنقض عدتى لا يقبل قولها ولو لم تتزوج لكنها قالت أيست ثم مات بعد مضى ثلاثة أشهر من وقت اقرارها لا ميراث لها واعلم أنه لو ارتد وهو صحيح وقتل على ردته او لحق بدار الحرب ورثته بخلاف ردتها وهى صحيحة والفرق ان ردته فى معنى مرض موته بخلاف ردتها أما لو ارتدت وهى مريضة ورثها نهر وبحر واذا صار فارا بان طلقها بعدما تعلق حقها بماله وكانت وقت الطلاق اى البائن ممن ترثه بان كانا حرين متحدى الدين رد عليه قصده بخلاف ما اذا كانت كافرة وهو مسلم او كانا مملوكين أو أحدهما وقت الطلاق ثم زال المانع حيث لا ترث لعدم تعلق حقها بماله وقت الطلاق فلا يكون فارا حموى عن ابن الشلبى (قوله ومات) ولو بغير ما ذكر هو المذهب شرنبلالية عن المواهب وليس المراد انه مات بسبب آخر بعد البرء من مرضه بدليل ما سيأتى فى المتن من قوله ولو ابانها فى مرضه فصح فمات لم ترث قيد بموته لانها لو ماتت وهى مريضة فى العدة لم يرثها الزوج لانه بطلاقه اياها رضى باسقاط حقه نهر وقوله بطلاقه اى البائن لما صرح به الزيلعى فيما سيأتى عند قول المصنف والطلاق الرجعى لا يحرم الوطء حيث قال ولهذا تناولها لفظة الازواج فى آية المواريث واللعان وفى عدة الوفاة حتى جرى التوارث واللعان بينهما ووجبت عدة الوفاة عليها (قوله ورثت) لثبوت الفرار بهذه الاشياء سواء علم أهليتها الارث أولا حتى لو كانت أمة اعتقها المولى او كتابية اسلمت ولم يعلم حتى ابانها فى مرضه ورثت كما فى الظهيرية وفى الخانية قال المولى لامته أنت حرة غدا وقال الزوج انت طالق ثلاثا بعد غد ان علم بكلام المولى كان فارا والا لا نهر لانها لم تكن أهلا للارث وقت التعليق بحر (قوله وكذا لا ترث اذا طلقها قبل الدخول) ولو بعد الخلوة فان الارث من الاحكام التى لم تقم الخلوة مقام الوطء فيها (قوله وقال مالك ترث امرأة الفار الخ) هذا قول ابن أبى ليلى وأحمد وأما مالك فيورثها وان تزوجت بازواج شيخنا عن المحيى وكذا عبارة الزيلعى تدل على ذلك ايضا غير انه لم يذكر أحمد مع ابن أبى ليلى حيث قال بعد ان ذكر ان الزوجية سبب ارثها فى مرض موته والزوج قصد ابطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله الى انقضاء العدة ما نصه ولا يمكن ابقاء السبب بعد انقضاء العدة لانه يؤدى الى توريثها من زوجين والى توريث ثمان نسوة أو اكثر من رجل واحد وبهذا يعلم فساد قول مالك انها ترث بعد انقضاء عدتها ولو تزوجت بعشرة ازواج وقول ابن ابى ليلى ما لم تتزوج لانه لا يعلم فى الشرع ولم يجعل الارث لاكثر من أربع نسوة اه (قوله وقال الشافعى لا ترث فى البائن) وهو القياس لان السبب قد ارتفع قبل الموت وجه الاستحسان ما روى ان عثمان ورّث تماضر بنت الاصبغ امرأة عبد الرحمن بن عوف وكان قد ابانها فى مرضه بمحضر من الصحابة من غير نكير فصار اجماعا زيلعى (قوله او اختلعت منه) يوهم ان الاختلاع لا يكون بامرها حموى اى لان اختلاعها منه لا يكون بدون أمرها اذ المراد بامرها رضاها قيد باختلاعها لان اختلاع الاجنبى لا يبطل ارثها وفى الخانية ابانها فى مرضه ثم قال لها ان تزوجتك فانت طالق ثلاثا فتزوجها فى العدة ومات فى مرضه لم ترث لانه موت فى عدة مستقلة فابطل حكم الفرار بالطلاق الاول والثانى وان وقع الا ان شرطه وهو التزوج حصل بفعلهما فلا يكون فرارا خلافا لمحمد نهر (قوله لم ترث) لانها رضيت باسقاط حقها وفى كلامه اشارة الى انها لو فارقته بجب او عنة او خيار بلوغ او عتقها لم ترث ولو وجدت هذه الامور منها حال مرضها ورثها كذا فى الشرح والمذكور فى الجامع ان فى الفرقة بالجب والعنة واللعان لا يرثها الا انها طلاق فكانت مضافة اليه وجزم به فى الكافى وقالوا لو طلقت نفسها فى صحته أو مرضه فاجازه الزوج فى مرضه ورثته مع ان تطليقها ظاهر فى رضاها به وأجاب الزيلعى وغيره بان المبطل للارث انما هو اجازته وانت خبير بان هذا لا يجدى نفعا فيما اذا كان الطلاق فى مرضه اذ دليل الرضى فيه قائم نهر فان قلت امرها بالطلاق لا يزيد على قولها اسقطت ميراثى منك وثم لا يسقط قلت أجيب بان الميراث لا يحتمل السقوط مقصودا ولكن سببه وهو الزوجية يحتمل الرفض وسيأتى فى كتاب الوقف ان الاستحقاق المشروط كالارث لا يسقط بالاسقاط قال الحموى فى حاشية الاشباه عن قاضيخان

ومات فى عدتها ورثت) المرأة
(وبعدها) اى بعد العدة (لا ترث)
مطلقا سواء تزوجت أولا وكذا لا ترث
اذا طلقها قبل الدخول وقال مالك
ترث امرأة الفار بعد العدة قبل ان
تتزوج بزوج آخر وقال الشافعى
لا ترث فى البائن (وان أبانها بامرها
او اختلعت منه او اختارت نفسها
بتفويضه) ثم مات وهى فى العدة (لم
ترث

وهو الذى يجب القطع به ونقل شيخنا عن فتاوى الطرابلسى ان التصديق المخالف لشرط الواقف باطل خلافا لما فى الاشباه من انه يعتبر حال حياته (قوله وفى قولها طلقنى رجعية الخ) ولو قال وفى طلقنى فابانها ورثت لكان اوجز واخصر اذ يعلم منه ما لو نصت على الرجعى او اوقع ثلاثا بالاولى نهر اما ارثها فيما اذا سألته الرجعى فظاهر واما فيما اذا أطلقته عن التقييد فلان مطلق الطلاق ينصرف الى الواحد الرجعى والرضى به ليس رضى ببطلان الحق (قوله وان أبانها بأمرها) لو قال برضاها لكان اشمل فانه يتناول ما اذا قال لها اختارى فاختارت نفسها دون قوله بامرها حموى عن البرجندى (قوله فاقر لها بدين) مهرا كان او غيره حموى عن البرجندى (قوله فلها الاقل) ثم ما تأخذه له حكم الميراث حتى اذا توى بعض التركة يتوى على الكل وله حكم الدين حتى كان للورثة ان يعطوها من غير التركة اعتبارا لزعمها زيلعى (قوله وعندهما الخ) لهما ان دليل التهمة وهى العدة قائمة فى الاولى فيدار الحكم عليه ولا عدة فى الثانية فانعدمت التهمة ولهذا يجوز له ان يتزوج أختها ودفع الزكاة اليها والشهادة لها لان التهمة أمر باطن لا يوقف عليها فيدار الحكم على دليلها وهى العدة كما أدير الحكم على النكاح والقرابة حتى امتنعت بهما هذه الاحكام ولابى حنيفة انه لما مرض والنكاح قائم حقيقة او ظاهرا صار متهما بالاقرار والوصية لها لان الزوجين قد يتفقان على الاقرار بالطلاق وانقضاء العدة لينفتح لها بالاقرار أو الوصية ما هو اكثر من الارث فترد الزيادة لهذه التهمة ولا تهمة فى قدر الميراث فيصح وكذا لا تهمة فى حق الزكاة والتزوج والشهادة لانهما لا يتواضعان عادة لهذه الاحكام زيلعى وظاهره انه اذا أقر بالطلاق منذ زمان وصدقته ان تعتبر العدة من وقت الطلاق بدليل انهم اتفقوا هنا أنه يجوز له دفع الزكاة اليها وشهادته لها قال فى البحر وهو خلاف ما صرحوا به فى العدة من ان الفتوى على ان العدة تعتبر من وقت الاقرار كما فى الهداية والخانية وغيرهما فلا يثبت شىء من هذه الاحكام ولا تزوجه باختها وأربع سواها أيضا لظهور التهمة فى اقراره ووصيته اه (قوله ثم انه تجب العدة فى الاولى) من وقت الطلاق بالاتفاق وأما فى الثانية فالفتوى على ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة كما قدمناه ولو مات بعد مضيها من وقت الاقرار فلها جميع ما أوصى به او أقر در عن العمادية (قوله وعند زفر لها جميع ما أقر أو أوصى فى الصورة الاولى) فيه خلل حموى عن الغنيمى ووجه الخلل ان قوله فى الصورة الاولى صوابه فى الصورتين فان قلت ليس الخلل قاصرا على ما ذكره الغنيمى لان فى قول الشارح وعندهما يجوز اقراره ووصيته فى الثانية خللا أيضا الا ترى الى قول الزيلعى والرازى وأبو يوسف ومحمد مع زفر فى الاولى ومع أبى حنيفة فى الثانية قلت ليس فى كلام الشارح خلل من هذا الوجه بل الخلل فى كلام الزيلعى والرازى والصواب ان يقال وأبو يوسف ومحمد مع زفر فى المسئلة الثانية ومع أبى حنيفة فى الاولى قال الشلبى وقول الزيلعى ولهما ان دليل التهمة وهى العدة قائمة فى الاولى يؤيد وجه الصواب (قوله او قدم ليقتل بقود) وما فى الدرر من قوله او ركب سفينة فانكسرت تعقبه فى الشرنبلالية بان كسرها ليس شرطا بل كذلك لو تلاطمت الامواج وخيف الغرق كما فى البحر عن المبسوط والبدائع وقيده الاسبيجابى بان يكون من ذلك الموج أما لو سكن ثم مات لا ترث اه قال فى الشرنبلالية ولا يخفى ان هذا شرط كونه فارا فلا يختص بهذه الصورة اه ثم ظهر لى ان التقييد بقوله فانكسرت لا ينافى ما وقع التصريح به فى كلام غيره مما يفيد ثبوت حكم الفرار بمجرد تلاطم الامواج اذا خيف الغرق ولو بدون كسر بان يحمل ما ذكره من قوله فانكسرت على ما اذا كان بدون تلاطم الامواج (قوله او رجم فى الزنى) فيه ان الرجم لا يكون فى غير الزنى حموى وفيه أنه قد قدم ان الاصل فى القيود ان تكون لبيان الواقع (قوله ان مات فى ذلك الوجه او قتل) لا فرق بين ان يكون بهذا السبب او بسبب آخر ولهذا قال فى الاصل مريض أبان زوجته ثم قتل ورثته نهر وقول المصنف او قتل صريح فى ان المقتول ليس ميتا بعمره وهو قول الحكماء حموى وفيه نظر اذ ليس فى كلامه ما يشعر بذلك فضلا عن ان يكون صريحا فيه

(وفى) قولها (طلقنى رجعية فطلقها
ثلاثا ورثت) وانما قيد بالرجعية لانها
لو قالت طلقنى بائنة وابانها لا ترث كما تقدم
آنفا (وان أبانها بامرها فى مرضه
او تصادقا عليها) اى على الابانة
(فى الصحة و) على (مضى العدة) اى ان
طلقها بائنا فى مرضه بامرها او ان قال
لها فى مرضه ان الطلاق البائن كان فى
صحتى وقد مضت عدتك فصدقته
(فاقر) لها بدين (او اوصى لها) بوصية
فى الصورتين (فلها الاقل منه ومن
ارثها) عند ابى حنيفة وعندهما
يجوز اقراره ووصيته فى الثانية ثم انه
تجب العدة فى الاولى وعند زفر لها جميع
ما اقر او اوصى فى الصورة الاولى (ومن
بارز رجلا او قدم ليقتل بقود) اى
قصاص (او رجم) فى الزنى (فابانها
عقب هذه الاشياء (ورثت ان مات
فى ذلك الوجه او قتل) وهى فى العدة

(قوله وعن أبى حنيفة فى النوادر الخ) يمكن حمله على ما اذا كان المبارز من أقرانه أودونه بناء على ماذكره فى النهر من ان المسئلة قيدها بعضهم بما اذا علم ان المبارز ليس من اقرانه بل أقوى منه اه فلا يخالف حينئذ ما مشى عليه المصنف فى المتن (قوله ولو محصورا أوفى صف القتال لا) لغلبة السلامة عينى (قوله ولو علق طلاقها) يعنى البائن ولم يقيده به اكتفاء بما مر أول الباب وهذا لان قوله وهما فى المرض او الشرط فقط انما يتم فى البائن نهر و وجهه انها فى الرجعى ترث مطلقا سواء كانا فى الصحة او المرض وفى التعبير بالتعليق تسامح اذ التعليق ما كان بفعل على خطر الوجود ومجىء الشهر كائن لا محالة فهذا وما أشبهه اضافة لا تعليق وقد يقال أراد بالتعليق ما هو الاعم من ان يكون حقيقة او صورة حموى وهذه المسئلة على أربعة أوجه اما أن يعلق الطلاق بمجىء الزمان أو بفعل أجنبى أو بفعل نفسه أو بفعل المرأة وكل وجه على وجهين اما أن يكون التعليق فى الصحة والشرط فى المرض أوكانا فى المرض أما الوجهان الاولان أعنى ما اذا علقه بمجىء الزمان أو بفعل الاجنبى فان كان التعليق والشرط فى المرض ورثت للفرار وان كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض لم ترث وأما الوجه الثالث وهو ما اذا علقه بفعل نفسه فترث كيفما كان اذا وجد الشرط فى المرض سواء كان التعليق فى الصحة أو فى المرض وكان الفعل مما له منه بد أو لا لانه صار قاصدا ابطال حقها بالتعليق والشرط أو بالشرط وحده لان للشرط شبها بالعلة لان الوجود عنده فصار متعديا من وجه واضطراره لا يبطل حق غيره كاتلاف مال الغير حال الاضطرار أو النوم وأما الوجه الرابع وهو ما اذا علقه بفعلها فان كان فعلا لها منه بد لم ترث مطلقا سواء كان التعليق والشرط فى المرض أوكان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض لانها رضيت بالشرط والرضا به يكون رضا بالمشروط درر وزيلعى ومنه يستفاد ان هذه المسئلة تنقسم الى ستة عشر وجها لان التعليق اما ان يكون بمجىء الوقت أو بفعل أجنبى أو بفعله أو فعلها وكل وجه على أربعة أوجه لان التعليق والشرط اما أن يوجدا فى الصحة أو فى المرض أو يوجد أحدهما دون الآخر نهر وشرنبلالية (قوله بفعل أجنبى) أراد به غير الزوجين لا خصوصه اذ لو علق طلاقها بفعل ولدها منه كان كالاجنبى نهر سواء كان له منه بد أو لا بحر (قوله او بفعل نفسه مطلقا الخ) وانما لم يفرق بين الضرورى وغيره فى فعل الزوج لانه كان له من التعليق بد وان لم يكن له من الفعل بد حموى عن البرجندى (قوله وكلام الابوين) وذى الرحم المحرم حموى عن البرجندى (قوله وعند محمد وزفر لا ترث فى الصورة الاخيرة) ذكر فخر الاسلام فى مبسوطه ان الصحيح فى هذه المسئلة ما قاله محمد و وجهه ان الزوج لم يباشر العلة بعد ما تعلق حقها بماله ولا الشرط فلا يكون متعديا وبه يثبت الفرار وأبو حنيفة وأبو يوسف يقولان انها مضطرة فى تحصيل الشرط من قبل الزوج لانها ان لم تقدم تخاف على نفسها أو دينها وان أقدمت يسقط حقها وهذا الاضطرار من جهة الزوج فنقل اليه كما ينقل الى المكره والى الشاهد واعلم ان قول الشارح وعند محمد وزفر الخ مخالف لما فى الزيلعى والصواب الموافق لكلام الزيلعى عدم ذكر زفر هنا مع محمد والصواب أن يذكر خلافه فيما سيجىء من قول الشارح وكما اذا علق طلاقها بفعل أجنبى أو بمجىء الوقت فى الصحة و وجد الشرط فى المرض بان يقال وعند زفر ترث لان المعلق بالشرط كالمرسل عند وجود الشرط فكان تطليقا بعد تعلق حقها بماله ولنا انه كالمنجز عنده حكما لا قصدا ولهذا لو وجد الشرط وهو مجنون يقع ولو كان قصدا لما وقع لعدم القصد منه ولهذا لو حلف أن لا يطلق بعد ما علق طلاقها بشرط ثم وجد الشرط لا يحنث ولو كان قصدا لحنث ولانه لم يوجد منه صنع بعد تعلق حقها بماله ولا هو متمكن من منع فعل الاجنبى ومجىء الزمان فلم يكن متعديا والفرار بالتعدى ولهذا شرط فى المختصر أن يكونا فى المرض بقوله والتعليق والشرط فى مرضه زيلعى (قوله ككلام زيد غير مديون) سواء كان التعليق والشرط فى المرض أو الشرط فقط لانها رضيت بالشرط والرضى به يكون رضى بالمشروط (قوله وكما اذا علق طلاقها بفعل أجنبى أو بمجىء الوقت الخ) تقدم الكلام عليه وما فى العينى من انها ترث فى الوجه الرابع والثامن صوابه

وعن أبى حنيفة فى النوادر فيمن خرج للبراز أى للمبارزة لا يكون فارا فلا ترث (ولو) كان (محصورا) أى محبوسا فى حصن فطلق امرأته بائنا (او) كان موازيا للعدو (فى صف القتال) فطلق امرأته بائنا (لا) ترث (ولو علق طلاقها بفعل) شخص (اجنبى او بمجىء وقت) بان قال ان دخل فلان الدار او اذا جاء رأس الشهر فأنت طالق (و) الحال ان (التعليق والشرط فى مرضه او) علق طلاقها (بفعل نفسه) مطلقا سواء كان مما له بد منه او لا بد له منه (وهما) أى التعليق والشرط (فى مرضه او الشرط) فى مرضه (فقط) أى دون التعليق (او) علق (بفعلها) (و) الحال انه (لا بد لها منه) كالاكل والشرب وكلام الابوين وصوم الفرض وصلاته وتقاضى الدين والقيام والقعود (وهما) أى التعليق والشرط (فى المرض او الشرط) فيه دون التعليق (ورثت) المرأة فى جميع الصور وعند زفر ومحمد لا ترث فى الصورة الاخيرة (وفى غيرها) أى فى غير هذه الوجوه المذكورة (لا) ترث كما اذا علق طلاقها بفعلها والفعل مما لها بد منه ككلام زيد غير مديون وكما اذا علق طلاقها بفعل اجنبى او بمجىء وقت فى الصحة و وجد الشرط فى المرض (ولو أبانها فى مرضه فصح) المريض (ومات) بمرض آخر (او ابانها فارتدت فاسلمت فمات) وهى فى العدة

لا ترث شيخ شاهين (قوله لم ترث فى الصورتين) أما فى الوجه الاول فلانه بالبرء تبين انه ليس بمرض الموت واما فى الثانى فلانه بارتدادها بطلت أهلية الارث فبالاسلام لا يعود السبب بخلاف النفقة حيث تعود لان سقوطها لفوات الاحتباس فاذا اسلمت عادت الى حبسه فتعود عينى (قوله وقال زفر ترث فى الصورة الاولى) لانه صار متهما بالفرار حين طلقها ظانا أنه مرض الموت عينى (قوله والمسئلة بحالها) أى بعد ما أبانها فانها ترث لان الحرمة ثبتت بفعله بخلاف ما اذا طاوعته ابتداء لان الفرقة من جهتها فلم يكن فارا وكذا اذا طلقها رجعيا ثم طاوعت لا ترث لان الرجعى لا يزيل النكاح فتكون الحرمة مضافة الى المطاوعة وهو فعلها باختيارها بخلاف ما اذا طاوعت بعد ما ابانها لان الحرمة ثبتت بفعله فصار به فارا لتعلق حقها بماله ولا يبطل بثبوت المحرمية لانها لا تنافى الارث بخلاف الردة بعد الابانة لانها تنافى اهلية الارث زيلعى (قوله قذف امرأته وهو صحيح) تقييده بالصحة لا للاحتراز عما لو كان فى المرض بل ليعلم الحكم فيه بالاولى أو نقول انما قيد به لان فيه خلاف محمد كما سيذكره الشارح اذ لا خلاف له اذا كان فى المرض (قوله وفرق بينهما) أى فى مرض موته (قوله مريضا) جعله فى النهر قيدا فيهما أى اللعان والايلاء وكذا يستفاد من الزيلعى وهو كذلك اذ لو وقعت الفرقة باللعان فى صحته ثم مات لا ترث ولهذا قيد شيخنا اطلاق قول الشارح فيما سبق من قوله ولاعن وفرق بينهما بقوله فى مرض موته ومنه يعلم ما فى العينى من قوله وأشار الى كون الايلاء فى المرض بقوله مريضا الخ لايهامه ان المرض فى جانب اللعان غير معتبر وليس كذلك (قوله ورثت) اما فى اللعان فلانه ملحق بتعليق الطلاق بفعل لا بد للمرأة منه اذ لا بد لها من الخصومة لدفع العار عن نفسها فكانت مضطرة فلا يبطل حقها به واما فى الايلاء فانه بمنزلة تعليق الطلاق بمضى الزمان فكانه قال لها اذا مضى أربعة أشهر فأنت بائن درر وزيلعى (قوله وقال محمد لا ترث فى الاولى) أشار شيخنا الى انه أراد بالاولى ما سبق من قوله قذف امرأته وهو صحيح وجعلها اولى يستقيم بالنسبة لما بعدها من مسئلة الايلاء فسقط ما عساه أن يقال صواب العبارة فى الثانية (قوله لا ترث) لان الايلاء فى معنى تعليق الطلاق بمضى مدته الخالية من الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق بمجىء الوقت نهر وقد تقدم ان التعليق اذا كان فى الصحة لا ترث خلافا لزفر حموى فان قيل فى الايلاء فى الصحة ينبغى أن يكون فارا لانه متمكن من ابطاله بالفىء فاذا لم يفئ حتى بانت كان قاصدا الابطال حقها فيرد عليه قصده فترث كما اذا وكل وكيلا فى الصحة فطلقها الوكيل فى مرض الموكل فانها ترث لانه جعل مباشرا لتمكنه من العزل قلنا لا يتمكن من الفىء الا بضرر وهو وجوب الكفارة عليه فلم يكن متمكنا مطلقا بخلاف مسئلة الوكيل لانه متمكن من عزله حتى لو لم يقدر على عزله حتى أبانها لم ترث ذكره فى المنتقى زيلعى (فرعان) قال لها ان مرضت فأنت طالق ثلاثا كان فارا (الثانى) قال آخر امرأة أتزوجها طالق ثلاثا فتزوج امرأة ثم أخرى ثم مات طلقت المرأة الاخرى عند التزوج فلا يصير فارا فلا ترث عنده وعندهما طلقت عند الموت فيصير فارا وترث لان الآخرية لا تتحقق الا بعدم تزوجه غيرها بعدها وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه وله ان الموت معرف انها آخر امرأة يتزوجها واتصافه بالآخرية من وقت التزوج فثبت مستندا درر ولا فرق فى عدم ارثها عند الامام بين أن تكون مدخولا بها أولا الا أنه ان دخل بها فلها مهر ونصف النصف بالطلاق قبل الدخول بها والمهر الكامل بالوطء بعد الطلاق الثلاث وعدتها بالحيض عنده وعندهما لها مهر واحد وعليها العدة لا بعد الاجلين شرنبلالية (تتمة) ارتد ثم ماتت أو لحقت بدار الحرب فان كانت الردة فى المرض ورثها زوجها وان كانت فى الصحة لا يرث بخلاف ردته فانها فى معنى مرض موته فترثه مطلقا ولو ارتدا معا فان اسلمت هى ورثته والا لا تنوير وشرحه (قوله ذكر رافعه) أى الحرمة وذكر الضمير لان المصدر المختوم بالتاء يجوز رجوع الضمير اليه بالتذكير والتأنيث حموى

(لم ترث) فى الصورتين وقال زفر ترث فى الصورة الاولى (وان طاوعت ابن الزوج) فى الجماع والمسئلة بحالها (او لاعن) أى ان قذف امرأته وهو صحيح ولاعن وفرق بينهما (او آلى) حال كونه (مريضا) ثم مات وهى فى العدة (ورثت) وقال محمد لا ترث فى الاولى ولو قذفها فى المرض ورثت عندهم جميعا (وان آلى فى صحته وبانت به) بان انقضت مدة الايلاء (فى مرضه لا) ترث ولما ذكر سبب الحرمة ذكر رافعه عقبه حيث قال

(باب الرجعة)

ذكرها بعد الطلاق لانها متأخرة عنه طبعا فكذا وضعا الا انها شرعت لرفع الطلاق والرفع أبدا يكون بعد الوقوع حموى (قوله اسم من رجع) أى اسم مصدر حموى يتعدى ولا يتعدى يقال رجع الى اهله ورجعته اليهم رددته رجعا ورجوعا ومرجعا نهر (قوله والفتح أفصح) عند الجمهور خلافا للازهرى فى دعوى اكثرية الكسر وللمكى تبعا لابن دريد فى انكار الكسر على الفقهاء نهر (قوله لرد سبب الزوال) هو على حذف مضاف أى لرد أثر سبب الزوال لان سبب الزوال وهو الطلاق لا يرتفع بالرجعة وانما الذى يرتفع بها أثره وهو الحرمة الموقوفة على انقضاء العدة فى الرجعى دون البائن ولا يلزم من ارتفاع الاثر ارتفاع المؤثر شيخنا و بالطلاق يتعجل المؤجل ولو راجعها الا يتأجل كما فى الخلاصة وصححه فى الظهيرية وفى الصيرفية لا يكون حالا حتى تنقضى العدة والقول بانقضاء العدة بالحيض قول المرأة بحر (قوله هى استدامة النكاح الخ) أى ابقاء النكاح على ما كان در فالسين ليست للطلب قال الوانى أى طلب دوام النكاح الموجود قبل مضى العدة فقوله فى العدة متعلق بالاستدامة اذ المعنى تدارك دوام النكاح قبل زواله (قوله فى العدة) زاد بعض المتأخرين بعد الوطء لما مر من انه فى الخلوة الصحيحة تجب العدة ولا تصح الرجعة ولا حاجة اليه فى الماهية لان هذا من الشروط نهر (قوله وعند الشافعى استباحة الوطء) لان الطلاق الرجعى يحرم الوطء عنده لان ملك النكاح شرط جواز الوطء وقد زال بالطلاق ولنا قوله تعالى و بعولتهن أحق بردهن والبعل هو الزوج والتسمية به حقيقة تستلزم قيام الزوجية وقيامها يوجب حل الوطء ولا دلالة فى قوله تعالى أحق بردهن على ان ملكه قد زال لان الرد يستعمل للاستدامة يقال رد البائع المبيع اذا باعه بشرط الخيار ثم فسخ وهو لم يخرج عن ملكه لكن لما كان بعرضية أن يخرج لولم يفسخ حتى مضت المدة سمى ردا فكذا هنا وقال تعالى فأمسكوهن بمعروف والامساك هو الابقاء فيكون أقوى دلالة على ان الرجعة استدامة زيلعى وقوله ثم فسخ ليس معطوفا على رد من قوله رد البائع المبيع بل على باع من قوله باع بشرط الخيار والتقدير اذا باع بشرط الخيار ثم فسخ يقال رد البائع المبيع (قوله ان لم يطلق ثلاثا) أو ثنتين ان كانت أمة ولم يقترن بعوض مالى ولا صفة تنبئ عن البينونة ولا مشبهة ولم يكن بكناية يقع بها البائن وعلى هذا فلو قال ان لم يطلق بائنا لكان أولى نهر (قوله ولا بائنا) من عطف العام على الخاص حموى لان الثلاث من افراد البائن (قوله وقد دخل بها وهى فى العدة) لو قال وقد وطئها لكان أولى حموى وقوله وهى فى العدة تكرار بلا فائدة شيخنا وفى الدر عن البزازية ادعى الوطء بعد الدخول وانكرت فله الرجعة لا فى عكسه (قوله ولو كانت لم ترض) واصل بما قبله فان الامر بالامساك مطلق فيشمل التقادير در أى حالة الرضى وعدمه وكذا تصح مع اكراه وهزل ولعب وخطأ در وأطلق المصنف فى عدم اشتراط رضاها فعم الغائبة ومافى العناية من انه يشترط اعلام الغائبة قال فى النهر انه سهو لما استقر من ان اعلامها انما هو مندوب فقط ولو قال ابطلت رجعتى أولا رجعة لى عليك كان له الرجعة كما فى البدائع اه (قوله براجعتك) وارتجعتك ورجعتك ورددتك وأمسكتك ومسكتك وهذا صريح واشترط فى بعض المواضع فى رددتك الصلة كالى أو الى نكاحى أو الى عصمتى ولا يشترط ذكر الصلة فى الارتجاع والمراجعة قال الكمال وهو حسن اذ مطلقه يستعمل فى ضد القبول ومن الصريح النكاح والتزوج عند محمد وهو ظاهر الرواية وفى الينابيع وعليه الفتوى وهذا ركن الرجعة لانه اما قول أو فعل والقول الصريح ما تقدم والكناية أنت عندى كما كنت وأنت امرأتى فلا يصير مراجعا الا بالنية شرنبلالية عن الفتح والنهر (تتمة) تزوجها فى العدة لا يكون رجعة عند أبى حنيفة لان انشاء النكاح فى المنكوحة باطل لغو ولا يثبت ما فى ضمنه وعند محمد يكون رجعة وعن أبى يوسف روايتان

(باب الرجعة) بكسر الراء وفتحها والفتح أفصح واغا سميت بها لرجوعها من زوج اسم من رجع رجوعا (وهى استدامة النكاح) القائم (فى العدة) وعند الشافعى استباحة الوطء (وتصح الرجعة (فى العدة) ان لم يطلق ثلاثا ولا بائنا وقد دخل بها وهى فى العدة (ولو) كانت (لم ترض براجعتك) أى صح به فى الحضرة

واختار

واختار الفقيه أبو جعفر قول محمد وبه يفتى ورجعة المجنون بالفعل ولا تصح بالقول وقيل بالعكس وقيل بهما زيلعى وقوله ورجعة المجنون يعنى اذا جن بعد ما طلق رجعيا (قوله وراجعت امرأتى) ويندب اعلامها لئلا تنكح غيره بعد العدة فان نكحت فرق بينهما وان دخل در عن الشمنى ومافى الهداية من قوله لانه لو لم يعلمها ربما تقع فى المعصية أى معصية التزوج بغيره فيه اشكال زيلعى لان المعصية لا تكون بدون العلم وفى الغاية لا تتحقق المعصية بغير ذلك الا ان يقال ينبغى أن لا تتزوج بغيره حتى تسأل عن ارتجاعه لانفراده به فاذا تزوجت بغير سؤال وقعت فى المعصية وهذا مشكل أيضا من حيث انه اوجب عليها السؤال والمعصية بالعمل بما ظهر عندها قال الكمال وليس السؤال الا لدفع ما هو متوهم الوجود بعد تحقق عدمه فهو وزان اعلامه اياها فاذا كان مستحبا لانه تصرف فى خالص حقه فكذا سؤالها يكون مستحبا لانها فى النكاح كذلك (قوله وبما يوجب حرمة المصاهرة) وان لم يقصد المراجعة بحر وهذا بيان للرجعة بالفعل ولكنه مكروه كما فى البحر عن الجوهرة ونقل عن الحاوى القدسى اذا راجعها بقبلة أولمس فالافضل ان يراجعها بالاشهاد ثانيا اه لان السنة الرجعة بالقول والاشهاد واعلامها كما فى شرح الطحاوى شرنبلالية (قوله وهو الوطء) بشرط ان لا يكون الوطء بعد تزوجها فى عدته لان تزوجها لغو والوطء بناء عليه فتكون كالاجنبية كذا فى القنية وأقول هذا يبتنى على ما سبق من انه اذا تزوجها فى العدة لا يصير مراجعا عند الامام والمختار قول محمد كما فى الظهيرية (قوله والتقبيل) على أى موضع من بدنها (قوله بشهوة) حقق الكمال انه يكون مراجعا بالتقبيل ولو بدون شهوة (قوله واللمس بشهوة) لا فرق بين كون اللمس وما بعده منه أو منها بعد كونه باختيار منه فان كان اختلاسا بأن كان نائما أو مكرها قيل على قول أبى حنيفة ومحمد تثبت الرجعة خلافا لابى يوسف واجمعوا انها لو ادخلت فرجه فى فرجها وهو نائم أو مجنون كان رجعة ومقتضى ظاهر كلامه ان الوطء فى الدبر لا يكون رجعة لما مر من انه لا يوجبها أى حرمة المصاهرة لكن الفتوى على انه رجعة وعلى هذا فينبغى انه اذا كان اللمس أو النظر بشهوة معه انزال أن يكون رجعة وان لم يوجب حرمة المصاهرة ولم اره لهم والفرق بين البابين ان القصد هنالك الجزئية وهنا الشهوة فيكون رجعة وان انزل شوبرى (قوله والنظر الى فرجها) يعنى الداخل نهر (قوله وقال الشافعى لا تصح الرجعة الا بالقول) بناء على ان الطلاق الرجعى يحرم الوطء عنده فيكون مثبتا للحل كما هو اصله وعندنا لا يحرم فيكون استدامة زيلعى (قوله اذا قدر عليه) أما اذا لم يقدر فتكون الرجعة بالفعل والاشهاد أيضا حموى (قوله والاشهاد مندوب) أى على الرجعة بالقول وقيدنا الاشهاد بكونه على القول لان الاشهاد على الوطء لا يتحقق وفى الظهيرية قال محمد لا تقبل الشهادة على التقبيل واللمس والنظر انه بشهوة لانه لا علم للشاهد بها حموى عن البرجندى (قوله وقال مالك والشافعى لا تصح الرجعة الا بالاشهاد) لقوله تعالى واشهدوا ذوى عدل منكم أمر وهو للوجوب ولنا النصوص المطلقة كقوله تعالى فأمسكوهن وبعولتهن أحق بردهن وكقوله عليه السلام مر ابنك فليراجعها من غير قيد بالاشهاد واشتراطه زيادة وهى نسخ فلا يجوز الا بمثله والامر فى الآية محمول على الندب يدل عليه انه قرنها بالمفارقة وهى ليست شرطا فيه فكذا فى الرجعة والعجب منهم انهم يشترطون الاشهاد فى الرجعة اعتبارا بابتداء النكاح ولا يشترطون رضاها ولا تجديد المهر ولا الولى وأعجب منه ان مالكا يشترط فيها الاشهاد ولا يشترطه فى ابتداء النكاح زيلعى والمراد من قوله وقال مالك والشافعى لا تصح الرجعة الا بالاشهاد خصوص الرجعة بالقول لا الرجعة بالفعل كما توهمه السيد الحموى فلهذا قال يتطرق على قولهما كيف يتأتى الاشهاد (قوله فصدقته تصح الرجعة) لان النكاح يثبت بتصادقهما فالرجعة أولى نهر (قوله وان لم تصدقه لا تصح الرجعة) لانه اخبر عما لا يملك انشاءه ولا مصدق له حتى لو أقام البرهان على انه قال فى العدة راجعتها قبل قوله قال السرخسى هذا من اعجب المسائل حيث يثبت اقرار نفسه بالبرهان ولو اقر به فى الحال لم يقبل ثم اذا لم يكن له برهان فلا يمين عليها نهر أى عند أبى حنيفة خلافا لهما وهى مسألة الاستحلاف

(وراجعت امرأتى) فى الحضرة والغيبة (و) تصح الرجعة (بما يوجب حرمة المصاهرة) وهو الوطء والتقبيل بشهوة واللمس بشهوة والنظر الى فرجها بشهوة وقال الشافعى لا تصح الرجعة الا بالقول اذا قدر عليه بان لا يكون اخرس او معتقل اللسان (والاشهاد) عليها (مندوب) ومستحب (عليها) اى على الرجعة (وقال) مالك والشافعى لا تصح الرجعة الا بالاشهاد (ولو قال) بعد العدة راجعتك فيها) أى لو أخبر بعد مضيها بان قال كنت راجعتك فى العدة (فصدقته تصح) الرجعة (والا) اى وان لم تصدقه (لا) تصح الرجعة وكان القول لها (كراجعتك) (فقالت) حال كونها (مجيبة) له (قد مضت عدتى)

فى الاشباه الستة زيلعى وقول العينى بعد قول المصنف ولو قال بعد العدة راجعتك فيها فصدقته صح والا لا والقول قولها بغير يمين عند ابى حنيفة لانها صادفت حال انقضاء العدة فلا تصح وعندهما تصح الرجعة لان عدتها باقية ظاهرا ثم استشهد على الخلافية بالوفاقية بقوله كراجعتك فقالت مجيبة مضت عدتى لا تصح الرجعة اتفاقا الخ فيه خلل من وجوه اما اولا فتعليله هذه المسئلة بقوله لانها صادفت حال انقضاء العدة لا يناسب هنا وانما يناسب المسئلة التى بعدها والمناسب هنا التعليل بما سبق انه اخبر عن أمر لا يملك انشاءه وأما ثانيا فقوله وعندهما تصح الرجعة لان عدتها باقية ظاهر المسئلة الآتية وهى قوله كراجعتك فقالت مجيبة انقضت عدتى فان الامام قال لا تصح الرجعة لان كلامه صادف حال انقضاء العدة وقالا تصح الرجعة لان عدتها باقية ظاهرا ما لم تقر بانقضاء العدة وقوله ثم استشهد على الخلافية بالوفاقية أقول الوفاقية هى الاولى والخلافية هى الثانية وقوله فانه لا تصح الرجعة اتفاقا اقول هذا حكم المسئلة السابقة لا هذه فان هذه مختلف فيها كما قدمناه ويعلم ذلك من عبارة اصله وهو الزيلعى شيخ شاهين (قوله على الفور متصلا بقوله الخ) فلو قالت مفصولا ثبتت الرجعة اتفاقا وأشار بكون الزوج بدأ الى انها لو بدأت فقالت انقضت عدتى فقال الزوج راجعتك فالقول لها اتفاقا ولو وقع الكلامان معا ينبغى أن لا تثبت الرجعة نهر وبحر (قوله فانه لا تصح الرجعة عند أبى حنيفة الخ) للصاحبين أنها صادفت العدة اذ هى باقية ظاهرا الى ان تخبر وللامام انها صادفت حالة الانقضاء لانها أمينة فى الاخبار عنه فاذا أخبرت دل ذلك على سبقه واقرب أحواله حال قول الزوج وهذا اذا كانت المدة تحتمل الانقضاء فلو لم تحتمله ثبتت الرجعة الا اذا ادعت انها ولدت وثبت ذلك نهر (قوله والقول لها) مع اليمين عندهما وعليه الفتوى شرنبلالية فان نكلت ثبتت الرجعة بناء على ثبوت الرجعة بنكولها والفرق لابى حنيفة بين هذه وما قبلها ان الزام اليمين لفائدة النكول وهو بذل عنده وبذل الامتناع من التزوج والاحتباس فى منزله جائز بخلاف الرجعة فان امتناعها عن الحلف بان عدتها ما مضت لا يكون بذلا منها للرجعة واعلم ان حكاية الاجماع فى الاستحلاف هنا وقعت للزيلعى وتبعه فى فتح القدير وفيه بحث لانها صحيحة عندهما فعلام تستحلف والذى فى البدائع وغيرها الاقتصار على قول الامام نهر (قوله وعندهما تصح والقول له) لا يقال فيه مخالفة لما فى العينى من دعوى الاتفاق على عدم صحة الرجعة لان دعواه الاتفاق غير مسلمة (قوله اوقالت الامة مضت عدتى الخ) ولو قالت بعد ذلك لم تنقض كان له الرجعة لانها أخبرت بكذبها فى حق عليها كذا فى شرح النقاية وفى فتح القدير لو قالت انقضت بالولادة لا يقبل الا ببينة او قالت اسقطت سقطا مستبين بعض الخلق فله ان يطلب يمينها على ان صفته كذا ولا فرق فى ذلك بين الامة والحرة نهر (قوله فالقول لها فى الصورتين) اما الاولى فهى قول ابى حنيفة لان الرجعة تبتنى على قيام العدة والقول فيها قولها فكذا فيما يبتنى عليها وعندهما القول قول المولى لان البضع ملكه وهو خالص حقه ولو كان على القلب بان كذبه المولى وصدقته الامة فالقول قول المولى ولا تثبت الرجعة اجماعا فى الصحيح وقيل هى أيضا على الخلاف وقيل لا يقضى بشئ حتى يتفق المولى والامة واما الثانية فلانها اعرف بحالها وهى امينة فيه فيقبل قولها دون المولى والزوج عينى (قوله وعندهما القول قول المولى فى الاولى) لانه اقر بما هو خالص حقه فيقبل كما لو أقر عليها بالنكاح وله ان حكم الرجعة من الصحة وعدمها مبنى على العدة من قيامها وانقضائها وهى امينة فيها مصدقة فى الاخبار بالانقضاء لا قول للمولى فيها أصلا وانما يقبل قوله فى النكاح لانفراده به بخلاف الرجعة قيد بقوله وكذبته لانهما لو صدقاه ثبتت الرجعة اتفاقا ولو كذبه المولى وصدقته فكذلك فى الاصح اى لا تثبت والفرق للامام بين هذه وما مر انها منقضية العدة فى الحال و يستلزم ظهور ملك المولى المتعة فلا يقبل قولها فى ابطاله بخلاف ما مر لان المولى بالتصديق فى الرجعة مقر بقيام العدة فلم يظهر ملكه معها فيقبل قوله وقيدنا بعدم البينة لانه لو أقامها ثبتت الرجعة نهر وانظر حكم ما لو كانت مشتركة بين رجلين فصدق أحدهما وكذبه الآخر على قولهما

على الفور متصلا بقوله فانه لا تصح
الرجعة عند ابى حنيفة والقول لها
وعندهما تصح والقول له (وان قال
زوج الامة بعد) مضى (العدة) قد
كنت (راجعتها فيها وصدقه سيدها
وكذبته) الامة (أو قالت) الامة
(قد مضت عدتى وانكر) أى الزوج
والسيد (فالقول لها) فى الصورتين
عند أبى حنيفة وعندهما القول
قول السيد فى الاولى (وتنقطع) الرجعة
(ان طهرت) المعتدة (من الحيض الاخير)

حموى (قوله وهى الثالثة) لو أبقى قول المصنف من الحيض الآخر على اطلاقه ولم يقيده لكان أولى ليشمل عدة الامة فان الحيض الآخر يصدق بالثانية فى حق الامة والثالثة فى حق الحرة حموى (قوله لعشرة أيام) علة لطهرت أى لاجل تمامها سواء انقطع الدم أو لا نهر (قوله حتى تغتسل) هذا اذا كانت مسلمة ولو كان غسلها بسؤر حمار مع وجود الماء المطلق والكتابية تنقطع رجعتها بمجرد الانقطاع لما دون العشرة لعدم خطابها و ينبغى ان تكون المجنونة والمعتوهة كذلك شرنبلالية عن النهر (قوله او يمضى عليها وقت صلاة) ينظر سر التعبير فى باب الحيض بقوله ادنى وقت صلاة وقوله هنا وقت صلاة حموى واقول قول الشارح حتى لو بقى من الوقت الخ يقتضى ان المراد بالوقت الذى عبر المصنف به هنا ادناه وحينئذ فيكون كلام المصنف على حذف مضاف (قوله وهو القياس) لان التيمم حال عدم الماء ينزل منزلة الاغتسال بدليل جواز الصلاة وجواز دخول المسجد وغيره من الاحكام ولا فرق بين الحكم بجواز صلاة اديت وبين الحكم بجواز الاقدام على ادائها اذ كل واحد منهما يشترط له الطهارة فاذا كان كالاغتسال فى حق الاحكام فكذا فى حق هذا الحكم بل اولى لان انقطاع الرجعة يؤخذ فيه بالاحتياط الا ترى انها لو اغتسلت و بقيت لمعة فى جسدها لم يصبها الماء أو اغتسلت بسؤر الحمار انقطعت الرجعة وان لم يجز لها أداء الصلاة ولهما انه طهارة ضرورية لكونه ملوثا حقيقة لانه لا يرفع الحدث بيقين حتى لو وجد الماء كان محدثا بالحدث السابق وانما جعل طهارة حكما ضرورة الحاجة الى اداء الصلاة كيلا تتضاعف عليها الواجبات والثابت ضرورة يتقدر بقدرها زيلعى (قوله والصحيح ان الرجعة الخ) كذا فى التبيين وشرح المجمع وكذا ما سبق من قول الشارح قيل تنقطع بنفس الشروع صححه أيضا فى الجوهرة عن الفتاوى كما فى الشرنبلالية ولو مست المصحف أو قرأت القرآن او دخلت المسجد قال الكرخى تنقطع وقال الرازى لا تنقطع عينى (قوله ونسيت اقل من عضو الخ) فلو تعمدت اخلاءه عن اصابة الماء لم تنقطع نهر (قوله تنقطع الرجعة) لان تسارع الجفاف اليه بعد اصابته بالماء غير بعيد لا سيما فى الحر الشديد لكن لا يحل لها التزوج وكذا لا يحل قربانها حتى تغسله احتياطا فى أمر الفروج او يمضى عليها وقت صلاة نهر (قوله ولو عضوا تاما لا تنقطع) لانه كثير لا يتسارع اليه الجفاف عينى وهذا استحسان والقياس فى العضو الكامل ان تنقطع الرجعة لانها غسلت الاكثر وله حكم الكل وفيه قياس آخر أن الرجعة تبقى فيما دون العضو أيضا لان حكم الحدث لا يتجزأ زوالا كما لا يتجزأ ثبوتا فبقيت على ما كانت قبل الاغتسال وجه الاستحسان وهو الفرق بين العضو وما دونه ان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته واعلم ان ما فى الزيلعى من قوله وفيه قياس آخر ان الرجعة لا تبقى فيما دون العضو صوابه تبقى بدون لا شيخنا عن الشلبى والحانوتى (قوله والاستنشاق) الواو بمعنى أو أى ترك كل بانفراده كترك عضو شيخنا عن الفتح ولو بقى أحد المنخرين لا تنقطع نهر عن الفتح (قوله وعنه وهو قول محمد هو بمنزلة ما دون العضو) لان فى فرضيتهما اختلافا فعلى الافتراض لا تنقطع وعلى السنية تنقطع فقطعها ملاحظة لهذا الاحتمال احتياطا كذا ذكر هذا التعليل لقول محمد فى النهر وهو ظاهر ومنه يعلم ان ما وقع فى كلام بعضهم حيث ذكر هذا تعليلا لمذهب ابى يوسف من ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل غير صحيح لان فيه مخالفة لما فى النهر والزيلعى حيث جعلا هذا تعليلا لقول محمد و بفرض عدم المخالفة فالتعليل به لمذهب ابى يوسف لا يصح لانه حينئذ يكون تعليلا للشئ بنقيضه اذ مقتضى كون ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل بقاء الرجعة وعدم انقطاعها فتدبر (قوله وقال لم أطأها) سواء قال ذلك حال التطليق او بعده نهر (قوله اى له ان يراجعها) ولا عبرة بانكاره الوطء لان الشرع كذبه بجعل الولد للفراش درر ثم لا يخفى ان ظهور صحتها فى ذات الحمل موقوف على ان تلده لاقل من ستة أشهر من وقت الطلاق وهذا لا ينافى صحتها قبله فلا مساحة فى العبارة كما قال صدر الشريعة وان الصواب ان يقال ومن طلق حاملا منكرا وطأها فراجعها فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر صحت الرجعة نهر وفيه نظر

وهى الثالثة التى تنقضى العدة بها (العشرة)
أيام (وان) كانت (لم تغتسل و) ان طهرت
من هذا الحيض (الاقل) من عشرة أيام
(لا) تنقطع الرجعة (حتى تغتسل او
يمضى) عليها (وقت صلاة) حتى لو بقى
من الوقت بعد الانقطاع ما تتمكن
من الاغتسال وتحرم للصلاة فذهب
ذلك القدر يحكم بطهارتها وقال زفر
لا تنقطع بمضى وقتها (أو تتيمم) ان لم
تقدر على الماء بعد ما طهرت لدون
العشرة (وتصلى) مطلقا سواء كانت
مكتوبة أو تطوعا وان تيممت ولم تصل
بقى حق الرجعة استحسانا وهو قولهما
وعند محمد لم يبق وهو القياس ثم قيل
تنقطع بنفس الشروع عند أبى حنيفة
وأبى يوسف والصحيح ان الرجعة لا تنقطع
عندهما ما لم تفرغ منها (ولو اغتسلت)
المعتدة من الحيضة الثالثة (ونسيت
اقل من عضو تنقطع) الرجعة (ولو
عضوا) تاما (لا) تنقطع وعن أبى يوسف
ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك
عضو كامل وعنه وهو قول محمد هو
بمنزلة ما دون العضو (ولو طلق ذات
حمل أو) ذات (ولد وقال لم أطأها
راجع) اى له ان يراجعها

وهو انه كيف يحكم بصحة الرجعة السابقة قبل وضعه لستة أشهر من وقت الطلاق مع انه لا يصير مكذبا في انكاره الوطء المعقب للرجعة الا بالوضع للمدة المذكورة فدعوى ان الموقوف ظهور الصحة لا اصل الصحة ممنوع حموى ومافى ايضاح الاصلاح لابن الكمال من ان هذا التكذيب على تقدير ان لا يكون بين الولادة والنكاح أقل من ستة أشهر وكون الولادة لاقل من ستة أشهر من وقت الطلاق لا يستلزم ذلك فلا بد للمسئلة من قيد آخر رده فى النهر بان الولادة اذا كانت لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق فقد علم وجوده فى ذلك الوقت وكونه منه يعرف بما اذا ولدته لستة أشهر من وقت النكاح فتكذيبه فى الاكثر يستلزم تكذيبه فى الاقل وفيه نظر لان ابن الكمال مقصوده الرد على صدر الشريعة حيث ذكر ان المطلق القائل لم أطأ يصير مكذبا اذا ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الطلاق والذى فى كلام غيره ان تكذيب الشرع له على تقدير ان يكون بين الولادة والنكاح ستة أشهر وكون الولادة لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق لا يستلزم ذلك اى ان تكون الولادة لستة أشهر من وقت النكاح لجواز ان تلده لاقل من ستة أشهر من الطلاق ولا يكون بين الولادة والنكاح ستة اشهر بل اكثر وحينئذ فلابد ان يقال انما تصح الرجعة اذا ولدته لستة اشهر من وقت النكاح ولاقل منها من وقت الطلاق وبهذا التقرير يتضح لك ان كلام صاحب النهر لم يصادف المحز حموى (قوله هذا اذا كانت الولادة بعد التزوج) قبل الطلاق وانما قيدنا بقولنا قبل الطلاق لانها لو ولدت بعده تنقضى به العدة فتستحيل الرجعة فان قلت قوله لم أطأها صريح فى عدم الجماع وثبوت النسب دلالة الجماع والصريح فوقها فكان اولى قلت الدلالة من الشارع أقوى من صريح العبد لاحتمال الكذب منه دون الشارع عينى وفى قوله وانما قيدنا بقولنا قبل الطلاق الخ تأمل لانه يقتضى عدم استفادته من كلام المصنف وليس كذلك اذ قول المصنف ولو طلق ذات ولد يقتضى كون الولادة قبل الطلاق فالمناسب أن يقال وشرط أن تكون الولادة قبل الطلاق لانها لو ولدت بعده الخ كما فى الزيلعى والحاصل ان الزيلعى مصرح باستفادة الشرط المذكور من كلام المصنف خلافا لما فى كلام بعضهم حيث عزا للزيلعى ما يقتضى خلاف ذلك (قوله فى مدة يتصور ان يكون الولد منه) قيد فى ذات الحمل أيضا (قوله اما اذا كانت لاقل من ستة أشهر لا يكون له الرجعة) لعدم ثبوت النسب فلم يصر مكذبا شرعا (قوله وقال لم اجامعها ثم طلقها) لو قدم الطلاق على قوله لم اجامعها بان قال وان خلا بها فطلقها وقال لم اجامعها لكان اولى لان تأخير قوله ثم طلقها عن قوله لم اجامعها لا يدل على نفى الجماع قبل الطلاق لاحتمال وجود الجماع قبل الطلاق بعد قوله لم اجامعها ولهذا قدم الشارح الطلاق على قوله لم اجامعها حيث قال يعنى طلقها الخ ولما كان ذلك خلاف المتبادر من كلام المصنف لا سيما مع تعبيره بثم أتى الشارح بكلمة يعنى (قوله لا رجعة له عليها) لان الرجعة تثبت فى الملك المتأكد بالوطء وقد أنكره فيصدق فى حق نفسه والرجعة حقه وليس مكذبا شرعا لان تأكد المهر يبتنى على تسليم البدل وهو التخلية ورفع الموانع والعدة تجب احتياطا لاحتمال الوطء فلم يكن القضاء بهما أى بوجوب العدة وتأكد المهر قضاء بالدخول قيد بانكاره لانه لو أقر وانكرته كان له الرجعة (قوله صحت تلك الرجعة) أى ظهر صحتها التكذيب الشارع له فى قوله لم أجامعها حيث جعله واطئا حكما لان الرجعة تبتنى على الدخول وقد ثبت لثبوت النسب لانه لا نسب بلا ماء ونزل واطئا قبل الطلاق لا بعده وان انكر لان تكذيبه اولى من حمله على الزنى نهر (قوله من بطن آخر) يعنى بعد ستة أشهر فأكثر (قوله لاقل من سنتين بيوم) من وقت نزول الطلاق (قوله او لاكثر) ولو من عشر سنين ما لم تقر بانقضاء العدة لان امتداد الطهر لا غاية له الا الاياس نهر (قوله فهى) أى الولادة الثانية رجعة لان الولد الثانى يضاف الى علوق حادث بعد الطلاق فى العدة وبه يصير مراجعا نهر (قوله وذكر فى كتاب الدعوى الخ) أشار به الى ما ذكر من الفرق بين البابين دفعا للاشكال ذكره فى الكافى بقوله اذا ولدت لاقل من سنتين احتمل العلوق بعد الطلاق فكان رجعة واحتمل العلوق قبل الطلاق فلم يكن رجعة فلا

هذا اذا كانت الولادة بعد التزوج
فى مدة يتصور أن يكون الولد منه
ويثبت نسبه منه بأن ولدت لتمام
ستة أشهر من يوم التزوج أو أكثر
أما اذا كانت لاقل من ستة أشهر
لا يكون له الرجعة (وان خلا بها
وأغلق بابا أو أرخى سترا (وقال لم
أجامعها ثم طلقها الا) رجعة له عليها
(فان راجعها) والمسئلة بحالها يعنى
طلقها بعد ما خلا بها وقال لم
أجامعها ثم راجعها (ثم ولدت بعدها
لاقل من عامين) بيوم من وقت
الطلاق (صحت تلك الرجعة) اذا قال
لامرأته (ان ولدت فأنت طالق
فولدت) ولدا (ثم ولدت من بطن آخر)
لاقل من سنتين بيوم أو لاكثر (فهى)
اى الولادة الثانية (رجعة) وذكر فى
كتاب الدعوى ان المطلقة طلاقا رجعيا
اذا ولدت لاقل من سنتين بيوم لا يكون
رجعة وان ولدت لاكثر من سنتين
يكون رجعة (و) لو (كلما ولدت) ولدا
(فأنت طالق فولدت ثلاثة) اولاد (فى
بطون مختلفة)

تثبت الرجعة بالشك اما هنا فقد سقط اعتبار هذا الاحتمال لانها ولدت ولدين فلو لم يجعل الثانى من علوق حادث لصار مع الولد الاول بطنا واحدا والاتحاد لا يثبت بالشك اذا كان بين الولدين ستة اشهر فصاعدا فصار الولد الثانى من علوق حادث بعد الطلاق فكان رجعة اه وقد أشار الزيلعى الى ذلك ايضا شيخنا (قوله فالولد الثانى والثالث رجعة) أى يظهر بهما الرجعة السابقة لان العلوق بوطء حادث فى العدة فان قلت فيه حكم عليه بالوطء فى النفاس قلت ليس للنفاس كمية خاصة اذ يجوز ان لا ترى شيئا أصلا نهر (قوله وان كانوا فى بطن واحد الخ) ولو كان الاولان فى بطن والثالث فى بطن تقع واحدة بالاول لا غير وتنقضى العدة بالثانى ولا يقع بالثالث شئ ولو الاول فى بطن والثانى والثالث فى بطن يقع ثنتان فى الاول والثانى وتنقضى العدة بالثالث فلا يقع به شئ نهر (قوله وانقضت العدة بالثالث) فلا يقع به لان الطلاق المقارن لانقضاء العدة غير واقع (قوله والمطلقة الرجعية تتزين) لقيام النكاح وهو حامل على الرجعة وهى مستحبة أيضا عينى (قوله هذا اذا كانت المراجعة مرجوة) فيه اشارة الى ان الزوج حاضر شرنبلالية فليس لها ذلك لو غاب (قوله وندب ان لا يدخل عليها حتى يؤذنها) قيد فى الدرر بما اذا لم يقصد رجعتها تبعا للهداية واطلاق المصنف اولى لانه قد تقع المراجعة بالنظر الى داخل فرجها وهو مكروه فيندب ان لا يدخل عليها حتى يؤذنها ولو قصد الرجعة دفعا لوقوع الرجعة بالمكروه وصرح لولوالجى بالاطلاق شرنبلالية عن البحر ومنه يعلم ان التعليل بلزوم تطويل العدة بان يقع نظره على ما به يصير مراجعا وهو لا يريدها فيطلقها فتطول عليها العدة فيلزمها الضرر انما يتمشى على ذلك التقييد وقد علمت ما فيه وأما ما علل به فى الدرر من قوله لئلا يقع نظره على ما لا يحل نظره اليه لانها مطلقة فى الجملة ففيه تأمل لان الكلام فى المطلقة رجعيا ولا يحرم وطؤها فالنظر مثله بل اولى شرنبلالية (قوله ولا يسافر بها حتى يراجعها) وهذا اذا صرح بعدم رجعتها فلو لم يصرح كان السفر رجعة دلالة فتح بحثا وأقره المصنف در (قوله وقال زفر له ان يسافر بها) لان النكاح بينهما قائم فصار كانه لم طلقها ولان المسافرة تكون رجعة دلالة لكونها حراما بدونها أى بدون المراجعة للنهى عن الاخراج والخروج فظاهر حاله اجتناب المحرم فصار كالوطء فى النكاح الموقوف ولنا قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الآية نزلت فى الطلاق الرجعى بدليل سياقه وهو قوله تعالى فطلقوهن وقوله تعالى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا وقوله تكون رجعة دلالة لكونها حراما بدونها باطل باخراجها الى ما دون السفر فانه حرام للنهى أيضا ومع هذا لا يكون رجعة زيلعى وقوله لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا أى يحدث المراجعة بان تبدو له المراجعة بعد صريح الطلاق وهو معقب للرجعة شيخنا من خط الزيلعى (قوله والطلاق الرجعى لا يحرم الوطء) لقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن وهم الازواج والتسمية حقيقة تستلزم قيام الزوجية وقيامها يوجب حل الوطء بالاجماع عينى وهذا أى حل الوطء محله ما اذا اوقع الرجعى ابتداء فلو أوقعه بعد البائن حرم الوطء حموى عن المفتاح فان قلت لا حاجة الى ذكر هذه المسئلة أعنى قوله والطلاق الرجعى لا يحرم الوطء للعلم بها من قوله وبما يوجب حرمة المصاهرة أجيب بان المراد انه يجوز له وطؤها وان لم يقصد الرجعة غايته انه تقع الرجعة بغير قصده حموى عن البرجندى (قوله وقال الشافعى يحرم) لان الزوجية زائلة لوجود القاطع لان الطلاق عبارة عن رفع القيد وبقاء الزوجية يدل على بقاء القيد وبينهما منافاة ولنا قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن سماه بعلا وهو الزوج وجعله أحق بردها فدل على بقاء النكاح لان احدا لا يقدر على تملك الاجنبية بغير رضاها والرد لا يدل على الزوال كرد البيع بخيار البائع زيلعى

(فصل) فيما تحل به المطلقة لما ذكر ما يتدارك به الرجعى ذكر ما يتدارك به غيره نهر (قوله بما دون الثلاث) يعنى لو حرة وبما دون الثنتين لو أمة درر (قوله فى العدة وبعدها) لان حل المحلية باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبلها ومنع الغير فى العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه فى حقه كذا فى الهداية وقال الكمال هذا تركيب غير صحيح والصحيح ان يقال لان حل المحل باق اولان المحلية باقية لان المحلية هو

(فالولد الثانى) يصير به مراجعا فى
الطلاق الاول (رجعة) (والثالث) يصير فى
الطلاق الثانى (رجعة) ويقع
الطلاق الثالث بولادة الولد الثالث
ووجبت العدة بالاقراء ولا يبدل الى
الرجعة وان كانوا فى بطن واحد طلقت
بالولد الاول وبالثانى وانقضت العدة
بالثالث (والمطلقة الرجعية تتزين)
وتتشوف فى العدة أى تحلو وجهها
وتصقل خديها هذا اذا كانت المراجعة
مرجوة اما اذا كانت تعلم انه لا يراجعها
لشدة بغضها فانها لا تفعل ذلك وانما
قيد بها لان المبتوتة والمتوفى عنها
زوجها تحد على ما سيجىء (وندب)
لزوج (ان لا يدخل عليها حتى يؤذنها)
ويعلمها بالتنحنح وخفق النعل (ولا
يسافر) الزوج (بها) أى بالمطلقة
الرجعية (حتى يراجعها) وقال زفر له
ان يسافر بها (والطلاق الرجعى
لا يحرم الوطء) حتى لو وطئها لا يغرم
العقر وقال الشافعى يحرم حتى
يغرم العقر
(فصل) فيما تحل به المطلقة
(وينكح مبانته) بما دون الثلاث
(فى العدة وبعدها)

كون الشئ محلا ولا معنى لنسبة الحل اليها اذ لا معنى لحل كونها محلا اه وقال شيخنا يعنى الحمى يجوز ان تكون الاضافة بيانية شرنبلالية فان قلت التعليل بالاشتباه فى النسب يشكل بالصغيرة والآيسة وعدة الوفاة قبل الدخول ومعتدة الصبى والحيضة الثانية والثالثة فانه لا اشتباه فى هذه المواضع اجيب بان هذه حكمة للحكم ووجودها يراعى فى الجنس لا فى كل فرد واجاب فى العناية بان اشتباه النسب مانع عن جواز النكاح فى عدة الغير وهذا صادق وأما انه يلزم جوازه اذا عدم هذا المانع فليس بلازم لجواز ان يكون ثمة مانع آخر وهو حق العبد ورد بان هذا أيضا تعليل فى مقابلة النص فالاولى ان يقال المنع عام فى العدة بالنص وهو قوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله خص منه العدة من الزوج نفسه بالاجماع نهر وفيه ان هذا مقرر للسؤال لا دافع حموى وقوله خص منه العدة من الزوج نفسه وكذا المولى اذا أعتق أم ولده اذ العدة عليها بطريق الالحاق بالمنكوحة وفراش أم الولد وان كان اضعف من فراش المنكوحة الا انهما يشتركان فى أصل الفراش بحر من العدة (قوله لا المبانة بالثلاث) وعم كلامه غير المدخول بها أيضا ومافى مشكلات القدورى من ان له ان يتزوجها بلا تحليل لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره يعنى المدخول بها قال فى فتح القدير انه زلة عظيمة والامر فيه من ضروريات الدين لا يبعد اكفار مخالفه لكن الاولى حمله على ما اذا طلقها ثلاثا متفرقة لانه اوقع الثلاث بكلمة واحدة كما ذكره البخارى شارح الدرر نعم فى الاطلاق مؤاخذة لا تخفى نهر وقوله لكن الاولى حمله الخ وجهه انها تبين بالاولى لا الى عدة لكونها غير مدخول بها فلا تلحقها الثانية ولا الثالثة (قوله حتى يطأها غيره) فى المحل المتيقن به فلو جامع المفضاة لا يحلها مالم تحمل ولو صغيرة لا يجامع مثلها لا يحلها وان كان مثلها يجامع حلت وفى القنية أولج فى محل البكارة تحل للاول وكانه ضعيف لما فى الشرح يشترط ان يكون الايلاج موجبا للغسل وهذا ليس كذلك ففى طهارة المحيط لو أتى امرأة وهى عذراء لا غسل عليه لان العذرة مانعة من مواراة الحشفة والحاصل انها لا تحل بمجرد العقد بل لابد من الوطء بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فان النكاح المذكور فيه يحمل على الوطء حملا للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد من اطلاق اسم الزوج وأما السنة فما روى عن عائشة رضى الله عنها ان رفاعة بن سموءل القرظى طلق امرأته تميمة بنت وهب فبت طلاقها فتزوجت بعده بعبد الرحمن ابن الزبير فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت انها كانت تحت رفاعة فطلقها ثلاث تطليقات فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير وانه والله ليس معه الا مثل هذه الهدبة وأخذت بهدبة من جلبابها قالت فتبسم صلى الله عليه وسلم ضاحكا وقال لعلك تريدين ان ترجعى الى رفاعة لا حتى يذوق عسيلتك وتذوقى عسيلته وهذا الحديث مشهور فجاز ان يزاد به على مطلق الكتاب بناء على ان المراد بالنكاح فى الآية هو العقد وأما على ان المراد به الوطء فلا اشكال وأما الاجماع فان الامة أجمعت على ان الدخول بها شرط الحل ولم يخالف فى ذلك الا سعيد بن المسيب والخوارج والشيعة وداود الظاهرى وبشر المريسى وذلك خلاف لا اختلاف لعدم استناده الى دليل زيلعى وتميمة بفتح التاء وقيل بالتصغير وهو الارجح وسموءل بفتح المهملة والميم وسكون الواو وبعدها همزة ثم لام والقرظى بالراء والظاء المعجمة شيخنا عن فتح البارى قال وفى جامع الاصول سموال بكسر السين المهملة ويقال بفتحها وسكون الميم وتخفيف الواو وباللام اه والزبير بفتح الزاء وكسر الباء بلا خلاف سيوطى وابن المسيب بكسر الياء وفتحها وهو الاشهر والاول اولى لانه كان يكره الفتح وقال فى تنبيه الطالب لابن عبد السلام المسيب بكسر الياء المشددة المثناة من تحتها على قول أهل المدينة وبفتحها على قول أهل العراق قال صاحب المشارق والمشهور فتحها وروى عن ابنه سعيد انه كان يكسر الياء ويقول سيب الله من سيب ابى شيخنا عن خط أحمد بن يونس وهو أى سعيد بن المسيب احد فقهاء المدينة السبعة ومن كبار التابعين وبشر المريسى رئيس أهل الاعتزال قال فى الخلاصة وهذا القول مهجور وفى الشرنبلالية عن الصدر

الشهيد

لا المبانة) أى لا ينكح المبانة (بالثلاث) مطلقا سواء كانت فى العدة اولا (لو) كانت المبانة (حرة و) لا ينكح المبانة (بالثنتين لو) كانت (أمة حتى يطأها

الشهيد من أفتى بهذا القول فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ونقل عن القنية رجوع سعيد ابن المسيب عما كان يقول به من عدم اشتراط الدخول (قوله غيره) أى زوج غيره ولو ذميا الذمية كانت تحت مسلم او مجنونا حرا كان او عبدا نهر (قوله ولو مراهقا) او خصيا يقدر على الجماع حموى ومافى الدر المختار من قوله او مجبوبا يحمل على ما اذا بقى من آلته قدر الحشفة (قوله أى قريبا الى البلوغ) قال فى شرح المجمع المراهق من قرب الى البلوغ وتحركت آلته واشتهى قيد بالمراهق لانه عليه السلام شرط اللذة من الطرفين انتهى وفى فوائد شمس الائمة انه مقدر بعشر سنين شرنبلالية عن الفتح (قوله بنكاح صحيح) خرج الفاسد بخلاف اليمين بانه لم يتزوج فيما مضى حيث يحنث بالفاسد أيضا لان المراد مجرد صحة الاخبار زيلعى ومن الفاسد ما لو كان الزوج غير كفء على ما عليه الفتوى هذا اذا كان لها ولى فان لم يكن صح اتفاقا فيكون الزوج عبدا مفرع على ظاهر الرواية او محمول على عدم وجود الولى نهر ولا بد وان يكون نافذا اذ الموقوف لا يحلها كما لو تزوجها عبد بغير اذن المولى ودخل بها ثم لو وطئها بعد الاجازة حلت ولا فرق بين ان يعترف الزوج بالطلاق الثلاث اولا حتى لو علمت بذلك وانكره كان لها ان تتزوج بآخر سرا اذا غاب ثم اذا حضر التمست منه تجديد النكاح قيل هذا فى الديانة أما فى القضاء فليس لها ذلك وفى القنية عن الترجمانى انه لا يجوز فى المذهب وفى البزازية ان الزوج غائبا ساغ لها التزوج بآخر ولو كان حاضرا الا ان الزوج ان انكر احتيج الى القضاء بالفرقة ولا يجوز القضاء بها الا بحضرة الزوج بحر ومنه يعلم ان مافى النهر من قوله ولو كان غائبا الاصوب ابداله بالحاضر ولو لم تقدر على منعه الا بقتله فانها تقتله بالدواء ولا تقتل نفسها وكان الاسبيجابى يقول ليس لها قتله وعليه الفتوى وذكر الاوزجندى انها ترفع الامر الى القاضى فان حلفته حيث لا بينة لها وحلف فالاثم عليه وفى القنية سئل عن امرأة حرمت على زوجها ولا يقدر ان يتخلص عنها ولو غاب عنها سحرته وردته اليها هل يحتال فى قتلها بالسم قال لا يحل ويبعد عنها بأى وجه قدر ومن لطيف الحيل ان تزوج المطلقة من عبد صغير تتحرك آلته ثم تملكه بسبب من الاسباب بعد ما وطئها فينفسخ النكاح بينهما ووطء المولى لا يحلها لانه ليس بزوج وهو الشرط بالنص وكذا لا تحل له بملك اليمين مالم تتزوج بزوج آخر زيلعى ولو قالت دخل بى وأنكر أو عكسه اعتبر قولها ولو قال النكاح فاسد لانى جامعت أمها فان صدقته لا تحل والا حلت واعلم ان هذا كله فرع صحة النكاح الاول فلو كان بلا ولى أو بلفظ الهبة أو بحضرة فاسقين فطلقها ثلاثا ثم تزوجها بلا تحليل وقضى بصحته شافعى صح وبه لا يظهر ان الوطء فى النكاح الاول كان حراما أو ان فى الاولاد خبثا لان القضاء اللاحق كدليل النسخ يعمل فى القائم والآتى لا فى المنقضى نهر (قوله وتمضى عدته) سواء كانت عدة وفاة أو طلاق أو فسخ (قوله لا بملك يمين) عطف على بنكاح أى لا تحل المبانة بالثلاث أو الثنتين أما الثلاث فبأن يكون تحته حرة طلقها ثلاثا ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم اشتراها لم تحل له حتى تتزوج بزوج آخر يعنى باذن المولى وأما بالثنتين فبأن يكون تحته أمة طلقها ثنتين فوطئها مولاها لا تحل للزوج أو اشتراها الزوج بعد لا تحل له بوطئه حتى تتزوج بزوج آخر وبهذا التقرير يظهر ما وقع من القصور فى كلام الشارحين لهذا الموضع ولو صرح المصنف بالموصوف وقال حتى يطأها زوج غيره لم يحتج الى هذه الجملة حموى أى التى هى قوله لا بملك يمين (قوله وكره النكاح بشرط التحليل) أى للزوج الاول والثانى جميعا حموى عن الظهيرية أى كراهة تحريم فتح اما لو أضمرا ذلك فى قلبهما فلا يكره بل يكون مأجورا لان مجرد النية فى المعاملات غير معتبرة وقيل المحلل مأجور وتأويل اللعن اذا شرط الاجر عليه شرنبلالية ومافى النهر من ان الحديث محمول على ما اذا تزوجها بشرط التحليل نظر فيه السيد الحموى بأن فاعل الحرام لا يستوجب اللعن ففاعل المكروه تحريما أولى ومن ثم قيل المراد من الحديث احللت بنتى أو اختى أو نحوهما بغير نكاح وأما هذا فما أحله بل أحله الشرع بل المحلل مأجور على ذلك كذا فى الملتقط وفى الروضة اذا زوجت نفسها بشرط التحليل جاز النكاح والشرط جميعا حتى اذا لم يطلقها الثانى يجبره القاضى على

غيره) مطلقا سواء كان فى حيض اونفاس اواحرام أو هو صائم او هى صائمة وسواء انزل اولا (ولو) كان ذلك الغير (مراهقا) أى صبيا قريبا الى البلوغ وقال مالك لا يصح (بنكاح أى حتى يطأها بنكاح (صحيح و) حتى (تمضى عدته) أى عدة ذلك الغير (لا بملك اليمين) لان وطء المولى ليس بنكاح (وكره) النكاح (بشرط التحليل) بأن يقول أتزوجك على ان أحللك للزوج الاول

ذلك فان طلقها برأى نفسه حل تزوجها للاول والفتوى على قوله وعند محمد النكاح والشرط باطلان
حتى لايجوز للثانى أن يطأها ولا للاول أن يتزوجها اذا فارقها ولو بعد الوطء حموى عن البرجندى
ويخالفه ما سيأتى فى كلام الشارح من قوله وعند محمد النكاح الثانى صحيح ولعل الصواب فى كلام
البرجندى ابدال محمد بأبى يوسف وقوله برأى نفسه لامفهوم له لما ان طلاق المكره واقع ثم رأيته فى
النهر ردمافى روضة الزندوستى من عزوه للامام جواز كل من النكاح والشرط معزيا للعناية والفتح
(قوله وان حلت للاول) لوجود الدخول فى نكاح صحيح لما عرف من انه لايبطل بالشرط الفاسد فلا بحر
على الطلاق ومن الحيل اذا خافت أن لا يطلقها المحلل ان تقول زوجت نفسى على ان امرى بيدى أطلق
نفسى متى شئت فاذا قبل على هذا جاز النكاح وصار الامر بيدها بخلاف مالو قال لها تزوجتك على ان امرك
بيدك فقبلت جاز النكاح ولغا الشرط لان الامر انما يصح فى الملك أو مضافا اليه ولم يوجد واحد منهما
بخلاف مامر لان الامر صار بيدها مقارنا للصير ورتها منكوحة ومن الحيل أن يقول ان تزوجتك فأمرك
بيدك بعدما أتزوجك فطلقى نفسك ومنها ان يقول ان تزوجتك وجامعتك فأنت بائن ولو خافت أن
يمسكها من غير وطء يقول لها ان تزوجتك وامسكتك فوق ثلاثة ايام نهر (قوله وعند أبى يوسف النكاح
فاسد الخ) لان هذا فى معنى شرط التوقيت فيكون فى معنى المتعة فيبطل عينى (قوله وعند محمد النكاح
الثانى صحيح ولا تحل للاول) لكونه استعجل بالمحظور فيعاقب بالحرمان عينى (قوله كما يهدم الثلاث
عندهما الخ) والخلاف مقيد بما اذا دخل بها فان لم يدخل بها لايهدم اتفاقا وانتصر الكمال لمحمد بما يطول
ثم قال فظهر ان القول ماقاله وهو الحق نهر وقال القاضى أبوزيد متى نظرت الى الحديث كان الامر كما
قال أبوحنيفة ومتى نظرت الى موجب نص الآية أشكل وانه اولى الامرين قولا لظاهر كلمة حتى كذا فى
كشف البزدوى وقول البرجندى ولا يخفى ان الآية تدل على انتهاء الحرمة الغليظة بالزوج الثانى
ولا تدل على عدم انتهاء الحرمة الخفيفة يشير الى رد ماذكره البزدوى من الاشكال فهو انتصار لمذهب
الامام محصل كلام البزدوى ان قوله تعالى فان طلقها الى قوله حتى تنكح الآية يفيد ان الزوج الثانى
انما يهدم الحرمة الغليظة الثابتة بالطلاق الثلاث اذ المراد بقوله تعالى من بعد هو الثلاث فلهذا استشكل
مذهب الامام ومحصل كلام البرجندى ان الآية مصرحة بأن الزوج الثانى يهدم الحرمة الغليظة ولا دلالة
فيها على عدم هدمه للحرمة الخفيفة لسكوت الآية عن ذلك فلا اشكال حينئذ غايته انا نحتاج لدليل آخر
يثبت به ان الزوج يهدم الحرمة الخفيفة كالغليظة وهو الحديث لكن ينظر ما المراد بالحديث والظاهر ان
المراد به حديث المحلل لا حديث العسيلة اذ حديث العسيلة مصرح فيه بكون الطلاق ثلاثا لا يقال
انما جعل محللا فى صورة الحرمة الغليظة لانا نقول انه مثبت للحل فى الخفيفة بالدلالة لانه لما كان محللا
فى الغليظة ففى الخفيفة بالاولى (قوله ومضى عدة الزوج الثانى) ليس المراد انها قالت مضت عدتى من
الثانى فقط بل قالت تزوجت ودخل بى الزوج وطلقنى وانقضت عدتى نهر عن الهداية وفى النهاية انما
ذكر اخبارها هكذا مبسوطا لانها لو قالت حللت لك فتزوجها ثم قالت لم يكن الثانى دخل بى ان كانت
عالمة بشرائط الحل لم تصدق والا تصدق وفيما ذكرته مبسوطا لا تصدق فى كل حال وعن السرخسى
لا يحل له أن يتزوجها حتى يستفسرها لاختلاف الناس فى حلها بمجرد العقد شرنبلالية عن الفتح وفى
الفصول العمادية اذا طلقها الثانى بعد الوطء ثم تزوجها الاول قبل انقضاء العدة وحكم القاضى بصحته نفذ
اذ هو مجتهد فيه فان عند زفر لا حاجة لها الى العدة حموى عن البرجندى (قوله له أن يصدقها مع اليمين)
سواء كانت عدلة أولا حموى عن الخلاصة وشرح ابن الشلبى (قوله ان غلب على ظنه صدقها) لانه امام من
المعاملات لكون البضع متقوما عند الدخول أو الديانات لتعلق الحل به وقول الواحد مقبول فيهما درر
وفى جامع الفتاوى أنكرت دخول الثانى بعد اقرارها لا تصدق وفيه معزيا للبزازى قالت للاول تزوجت
بآخر وانقضت عدتى فتزوجها ثم قالت كذبت ولم أكن تزوجت فان لم تكن اقرت بدخول الثانى

(وان حلت للاول) عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف النكاح فاسد ولا تحل للزوج الاول وعند محمد النكاح الثانى صحيح ولا تحل للاول (ويهدم الزوج الثانى مادون الثلاث) يعنى اذا طلق الحرة تطليقة أو تطليقتين ومضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثانى مادون الثلاث كما يهدم الثلاث عندهما وعند محمد وزفر والشافعى لا يهدم مادون الثلاث (ولو اخبرت مطلقة الثلاث بمضى عدته و) مضى (عدة الزوج الثانى و) الحال ان (المدة تحتمله) أى المذكور وهو عدتان (له) أى للزوج (أن يصدقها ان غلب على ظنه صدقها)

تصدق

تصدق ويبطل النكاح وان أقرت لا وفيه عن البزازى أيضا أخبرت بوطء الثانى وقال الاول ما كان الثانى
وطئك يفرق بينهما وفيه عن الاجناس أخبرت بأن الثانى دخل بها حلت للاول وان كذبها فيه
(قوله عند أبى حنيفة شهران الخ) يجعل كانه طلقها فى أول الطهر بعد الوقاع فيجعل طهرها خمسة عشر
يوما لانه لا غاية لاكثره فيؤخذ لها بالاقل وحيضها خمسة لان اجتماع اقلهما فى امرأة واحدة نادر فيؤخذ
لها بالوسط فثلاثة اطهار يكون خمسة وأربعين يوما وثلاث حيض خمسة عشر يوما فصارت ستين وهذا على
تخريج محمد لقول ابى حنيفة وعلى تخريج الحسن يجعل كانه طلقها فى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة
فيجعل حيضها عشرة أيام وطهرها خمسة عشر يوما لانا لما قدرنا طهرها بالاقل قدرنا حيضها بالاكثر ليعتدلا
ففيها طهران بثلاثين يوما وثلاث حيض بثلاثين فصارت ستين يوما فهذا من الزوج الاول فنحتاج الى
مثله من الزوج الثانى وزيادة طهر على تخريج الحسن زيلعى وقوله وزيادة طهر هو الذى وقع فيه تزوجها
بالثانى وطلقها ونقل البرجندى عن القاعدى ان ابتداء المدة انما هو من وقت الحيض لا من وقت
الطهر حموى وقولهم الامكان بشهرين عند الامام محله ما اذا لم تقل أسقطت سقطا استبان بعض خلقه
وجزمهم بهذه المدة دليل على ضعف قول من قال بقبول قولها انقضت عدتى بعد يوم أو أقل لاحتمال سقط
من غير تصريح منها بذلك بحر (قوله تسعة وثلاثون يوما) يجعل كانه طلقها فى آخر الطهر فيجعل حيضها
ثلاثة أيام وطهرها خمسة عشر يوما أخذا بالاقل فيهما للتيقن به ففيها طهران بثلاثين يوما وثلاث حيض
بتسعة أيام ويحتاج الى مثلها فى حق الزوج الثانى وزيادة طهر بخمسة عشر يوما زيلعى (قوله وعنده فى
رواية محمد فى اربعين) أى وعند الامام فى تخريج محمد الخ ووجهه انه يجعل طلاقها فى أول الطهر فيحتاج
الى طهرين بثلاثين وحيضتين بعشرة لان اجتماع اقلهما فى امرأة نادر وعلى تخريج الحسن خمسة وثلاثون
يوما ثم نحتاج الى مثلها فى حق الثانى وزيادة طهر بخمسة عشر يوما على رواية الحسن زيلعى .

(باب الايلاء)

الاصل فيه قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاؤا فان الله غفور رحيم وان
عزموا الطلاق فان الله سميع عليم وقرأ ابن مسعود فان فاؤا فيهن اى رجعوا فى الاربعة الاشهر قال
الواحدى كان ايلاء أهل الجاهلية السنة والسنتين وأكثر فوقته الله أربعة أشهر فن كان ايلاؤه دون
أربعة أشهر فليس بايلاء شيخنا عن الغاية (قوله والمناسبة الخ) أى بين الايلاء والرجعة لكن يبقى
الكلام فى تقديم الرجعة على الايلاء حموى وفى النهر اعتبر المناسبة بين الطلاق الرجعى والايلاء وذكر ان
وجه تقديم الرجعى على الايلاء وان اشتركا فى ان كلا منهما لا يوجب الحرمة للحال بل بعد انقضاء العدة
فى الرجعى وبعد انقضاء المدة فى الايلاء ان الحرمة بلفظ الطلاق تنجيزا أو تعليقا هى الاصل وقوله فى النهر
فقدمت صوابه تذكير الفعل لان المرجع الذى هو الرجعى مذكر الا ان يقال التأنيث باعتبار حرمة
الرجعى الثابتة عند انقضاء العدة (قوله وكذلك الايلاء) سبب للحرمة غير انها بلفظ الطلاق هى الاصل
فقدمت ثم أولى الايلاء لعدم استلزامه للمعصية بخلاف الظهار واللعان فانهما لا ينفكان عنها والخلع وان
شاركه فى ذلك الا انه لاختصاصه بالمال كان بمنزلة المركب من المفرد نهر (قوله وهو فى اللغة الخ) اعلم
ان الايلاء لغة مصدر آلى كاعطى والجمع الايا كعطايا ومنه قوله

قليل الالايا حافظ ليمينه * وان بدرت منه الالية برت

وقوله بدرت بالباء من قولهم بدر منه كلام أى سبق والبادرة البديهة شيخنا عن المغرب فقوله وان بدرت
الخ أى وان سبقت منه يمين بر فيها (قوله وهو الحلف) فعلى هذا يكون بين الايلاء والحلف الترادف لكن
هذا أحد قولين والقول الآخر الايلاء اليمين على ترك الفعل والحلف اليمين على الترك أو الفعل فيكون
بينهما العموم والخصوص كذا يستفاد من عبارة البرجندى ونصه هو أى الايلاء لغة الحلف والالية وهى

وأدنى هذه المدة عند أبى حنيفة شهران ان أقرت بالمضى بالاقراء وان كانت بالايام وعندهما تسعة وثلاثون يوما وعندهما تصدق فى احد وعشرين يوما أمة وعنده ماتصدق فى احد وعشرين يوما وستة للحيضتين وخمسة عشر للطهر وعنده فى رواية محمد فى أربعين يوما والله أعلم

(باب الايلاء) والمناسبة ان الطلاق سبب للحرمة والرجعة رافعة لها وكذلك الايلاء سبب للحرمة والفىء رافع لها وهو فى اللغة اليمين وهو الحلف بالله سبحانه أو غيره من الطلاق

اليمين تقول آلى أى حلف والقياس ان يعدى بعلى كالحلف لكن لما تضمن معنى البعد عدى بمن وقيل الالية اليمين على ترك الفعل والحلف اليمين على الترك والفعل والقسم كذلك اه فالواو من قوله على الترك والفعل بمعنى أو ومنه تعلم ان مانقله السيد الحموى عن الظهيرية من قوله الا انه الحلف على الامتناع والحلف اليمين على الفعل والقسم واليمين فيهما اه فيه سقط وصواب العبارة والحلف اليمين على الفعل او الترك واذا عرفت ان فى العبارة سقطا كما ذكرنا فليس فى كلام الشارح التفسير بالمباين كما توهمه السيد الحموى (قوله أو العتاق) هذا اذا كان المولى حرا وما العبد اذا آلى بما فيه كفارة فكفارته بالصوم فقط ولم أرحكم مالو علق بحج أو عتق أو صدقة هل يصح تعليقه ويتأخر ذلك الى عتقه أولا يصح ثم رأيته فى البدائع قال وأما حرية المولى فليست بشرط لصحة ايلائه بالله وبما لا يتعلق بالمال حتى لو قال العبد لامرأته والله لا أقربك أو قال ان قربتك فعلى صوم أو حج أو عمرة أو امرأتى طالق يصح ايلاؤه حتى لو لم يقربها فى المدة تبين منه وان قربها ففى اليمين بالله تلزمه الكفارة بالصوم وفى غيرها يلزمه الجزاء المذكور لان العبد أهل لذلك وان كان الحلف بما يتعلق بالمال بأن قال ان قربتك فعلى عتق رقبة أو على ان أتصدق بكذا لا يصح يعنى الايلاء لانه ليس من أهل ملك المال اه واستفيد من كلامه ان ما يتعلق بالمال فالحرية شرط لصحة الايلاء به حموى (قوله وفى الشرع الخ) قال الزيلعى الايلاء فى الشرع عبارة عن منع النفس عن قربان المنكوحة أربعة أشهر فصاعدا امتناعا مؤكدا بشئ يلزمه و يشق عليه وركنه قوله والله لا أقربك ونحوه وشرطه المحل والاهل وهو أن تكون المرأة منكوحة والحالف أهلا للطلاق عند أبى حنيفة ولوجوب الكفارة عندهما وان لا تكون المدة منقوصة عن أربعة أشهر وحكمه وقوع الطلاق عند البر ووجوب الكفارة أو نحوه عند الحنث اه فاى الدر من قوله وحكمه طلقة بائنة ان بر والكفارة والجزاء ان حنث فيه تأمل لانه يقتضى ان الكفارة والجزاء يجبان معا وليس كذلك ويمكن الجواب بجعل الواو بمعنى أو شيخ شاهين ثم ماسبق من ان شرطه كون المرأة منكوحة لو قال كونه فى النكاح أو مضافا اليه لكان أولى ليدخل مالو قال لاجنبية ان تزوجتك فوالله لا أقربك خمسة أشهر فتزوجها قبل مضى شهر فانه يكون موليا وانما لم يذكره المصنف فى التعريف حيث لم يقل هو الحلف على ترك قربانها أربعة أشهر أو أكثر حاصلا فى النكاح أو مضافا اليه لان شأن الشروط خروجها عن الماهية كما فى النهر ومتعقبا المنافى الاصلاح حيث قال وهذا التقييد لابد منه والا يشكل بما سبق من قوله لاجنبية ان تزوجتك الخ لكن انتصر السيد الحموى للاصلاح حيث نظر فى كلام النهر بأن ذاك انما هو فى الماهية الحقيقية لا الاعتبارية والتقييد بقوله و يشق عليه للاحتراز عما اذا قال ان قربتك فلله على ان اصلى ركعتين أو اغزو حيث لا يكون موليا لانه مما لا يشق على النفس وان تعلق اشقاقه بعارض ذميم فى النفس من الجبن والكسل بخلاف مالو قال فعلى مائة ركعة ونحوه فانه يكون موليا شرنبلالية عن الكمال وقياسه أن يكون موليا بمائة ختمة او اتباع مائة جنازة دروسببه كالرجعى فى الرجعى وهو الداعى من قيام المشاجرة وعدم الموافقة نهر واذا كان الشرط أهلية الطلاق عند الامام صح ايلاء الذمى بما فيه كفارة عنده لكن لا كفارة عليه اذا قربها وانما لم تجب الكفارة فى حنث الذمى لانها عبادة وهو ليس من أهلها ولهذا وقع الطلاق عليه بمضى المدة وعند صاحبيه لا يصح ايلاؤه (والحاصل) ان ايلاء الذمى على ثلاثة أنواع صحيح اتفاقا كما لو حلف بما لا يتعلق به قربة كالعتاق وباطل اتفاقا كالحلف بالحج والصوم والصدقة ومختلف فيه وهو حلفه بالله شيخنا عن شرح المجمع (قوله هو الحلف على ترك الخ) اعلم ان الايلاء فى الشريعة عبارة عن اليمين على ترك وطء المنكوحة مدة معلومة بأن قال لامرأته والله لا أقربك أربعة أشهر والمراد بالنساء الزوجات لانه عند الاطلاق ينصرف الى الحرائر دون الاماء لان معنى الانعمام والازدواج فى الاماء ناقص ظهيرية وفيه نظر لان امة الغير اذا كانت منكوحة يصح الايلاء منها وقوله مدة معلومة يرد عليه مالو قال لها والله لا أقربك أبدا فانه ليس له مدة معلومة حموى وأقول يجاب عن الاول

بأن المراد بالحرائر المملوكات بالعقد وقد سبق لنا نظير ذلك فى فصل المحرمات فى شرح الكلام على قوله وأم امرأته فليس المراد بالحرائر ما قابل الاماء ويراد بالاماء فى قوله والازدواج فى الاماء ناقص خصوص المملوكات بملك اليمين فلا يرد حينئذ ما نظر به وعن الثانى بأن المراد بالمدة المعلومة ما بلغت أربعة أشهر فصاعدا فالمراد ان لا تكون أقل من أربعة أشهر واليه يشير قول المصنف هو الحلف على ترك قربانها أربعة أشهر أو أكثر (قوله قربانها) القربان مصدر قرب يقرب من باب فعل بكسر العين فى الماضى وفتحها فى المضارع وله مصدران القربان والقرب بمعنى الدنو بحر عن ضياء الحلوم وفى المصباح قربت من باب تعب وفى لغة من باب قتل قربانا بالكسر فعلته أو دانيت ومن الاول ولا تقربوا الزنا و يقال منه أيضا قربت المرأة قربانا كناية عن الجماع ومن الثانى لا تقرب الحمى أى لا تدن منه اه (قوله كقوله الخ) نبه بالكاف على انه ليس منحصرا فى هذين بل منه أيضا لا أجامعك لا أطأك لا أباضعك لا أغتسل منك من جنابة فان ادعى انه لم يعن الجماع لم يدين فى القضاء وجعل فى البدائع الصريح لا أجامعك فقط وماعداه يجرى مجرى الصريح وجعل منه الافتضاض فى البكر قال فى الفتح والاول أولى لان الصراحة منوطة بتبادر المعنى لغلبة الاستعمال سواء كانت حقيقة او مجازا الا بالحقيقة والكناية لا امسك لا آتيك لا اغشاك لا المسك لاغيظنك لاسوءنك لا أدخل عليك لا اجمع رأسى ورأسك لا اضاجعك لا اقرب فراشك نهر (قوله لا اقربك أربعة اشهر) سواء كانت طاهرة او حائضا ولا خلاف انه ان وقع فى غرة الشهر اعتبرت مدته بالاهلة ولو وقع فى بعضه فلا رواية فيه عن الامام وقال الثانى يعتبر بالايام وعن زفر اعتبار بقية الشهر بالايام والشهر الثانى والثالث بالاهلة وتكمل أيام الشهر الاول بالايام من أول الشهر الرابع نهر عن البدائع (قوله او والله لا اقربك) بشرط ان لا تكون حائضا كذا فى الحواشى السعدية واصله فى الغاية عن الشامل وعلله بان الزوج ممنوع عن الوطء بالحيض فلا يصير المنع مضافا الى اليمين اه بخلاف ما اذا قيد باربعة أشهر فان ذلك يكون قرينة على اضافة المنع الى اليمين نهر قال فى الشرنبلالية ينبغى تقييده بكونه عالما بحيضها لتنصرف يمينه الى ما هو ممنوع عنه شرعا اه قلت و ينبغى ان يكون النفاس كالحيض (قوله اى قربان المنكوحة) ولو صغيرة لا توطأ (قوله على ترك الوطء للامة من المولى الخ) اما من زوج الامة يكون ايلاء حموى (قوله فانه لا يكون ايلاء) أى فى حق الطلاق دون الكفارة قال الولوالجى لو آلى من أمته او أم ولده أو اجنبية لم يكن موليا فى حق الطلاق دون الكفارة لان شرط الطلاق باليمين قيام ملك النكاح حال التعليق وحال وجود الشرط ولم يوجد فلم تصح اليمين بالطلاق وصح فى حق الكفارة حموى يعنى اذا آلى من أجنبية فتزوجها فوطئها تلزمه الكفارة وان لم تطلق بمضى المدة من غير وطء (قوله فان وطئ المولى فى هذه المدة كفر) لحنثه ونبه بذلك على انه لو كفر قبله لم يجزه ولا فرق فى الحنث بين كونه عاقلا أولا ولو قال ان قربتك فعلى كفارة أو يمين كان موليا كذا فى البدائع اذ قوله فعلى يمين أى يوجبها وهو الكفارة نهر (قوله ان كان يمينا بالله) فكفارته اطعام عشرة مساكين او كسوتهم او تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام (قوله وان كان يمينا بغيره) كما لو حلف بحج او صوم او صدقة أو عتق أو طلاق كما سيأتى التصريح به فى المتن وقوله فما جعله جزاء على الحنث وقع ظاهر بالنظر للطلاق والعتاق واما بالنظر للحج ونحوه كالصوم والصدقة فمعنى وقع لزم و يتخير بين الايفاء بالمنذور وكفارة يمين على الصحيح الذى رجع اليه الامام قبل موته بسبعة أيام قال فى الشرنبلالية ولى فيه رسالة (قوله وعند الشافعى يحنث فى يمينه ولا تلزمه الكفارة) الذى فى الزيلعى والعينى وقال الحسن البصرى لا تجب الكفارة لقوله تعالى فان فاؤا فان الله غفور رحيم قلنا المراد به اسقاط عقوبة الآخرة بسبب قصده الاضرار بها لا سقوط الكفارة المشروعة فى الايمان المنعقدة الا ترى ان قتل الخطا يوجب الكفارة وان وعد المغفرة اه (قوله وسقط الايلاء) لان اليمين تنحل بالحنث فلا تبقى بعد انحلالها ولا ايلاء بدونها عينى (قوله وان لم يطأ فيها الخ) ولو ادعاه

بعد مضى المدة لم يقبل قوله الا ببرهان نهر عن المبسوط (قوله بانت) لان به يقع التخلص من الظلم ولا يكون بالرجعى لانه بسبيل من استردادها الى عصمته بعد الايلاء فتعين البائن لتملك نفسها وتزول سلطته عليها جزاء لظلمه بحر (قوله بتطليقة واحدة) وهو المأثور عن العبادلة الثلاثة وغيرهم (قوله فرق القاضى بينهما وتفريقه تطليقة) اى بائنة فالخلاف فى موضعين أحدهما ان الفىء عنده يكون بعد مضى المدة وعندنا فى المدة والثانى ان الفرقة لا تقع الا بتفريق القاضى او بتطليق الزوج عنده وبه قال مالك وأحمد وعن الشافعى لا يفرق ولكن يضيق عليه حتى يفىء او يطلق وعندنا تقع بمضى المدة واستدلوا بقوله تعالى فان فاؤا فان الفاء للتعقيب فاقتضى جواز الفىء بعد المدة وجواز التفريق ولنا قراءة ابن مسعود وأبى فان فاؤا فيهن فاقتضى ان يكون الفىء فى المدة فيكون حجة عليهم لان قراءتهما لا تنزل عن روايتهما والفاء فى الآية لتعقيب الفىء على الايلاء بدليل جواز الفىء قبل مضى الاشهر ولو كان كما قالوا لما جاز عينى (قوله وسقط اليمين بعدما بانت) حتى لو نكحها فلم يقربها بعد ذلك لا تبين درر (قوله لو حلف على اربعة أشهر) لان اليمين موقتة بوقت فلا تبقى بعد مضيه عينى (قوله بان قال والله لا اقربك) ولم يقل بعده أبدا لان مطلقه ينصرف الى الابد كما فى اليمين لا يكلم فلانا فلا تبطل بمضى اربعة اشهر لعدم ما يبطلها من حنث او مضى وقت زيلعى وفى قول المصنف فلو نكحها ثانيا وثالثا ومضت المدتان بلا فىء بانت باخريين اشارة الى انه لا يتكرر الطلاق ما لم يتزوجها كما فى البدائع والتحفة وغيرهما وفى المحيط لو بانت بمضى اربعة اشهر بالايلاء ثم مضت مدة اربعة أشهر اخرى وهى فى العدة وقعت أخرى فان مضت اربعة اشهر أخرى وهى فى العدة وقعت أخرى ولم يحك خلافا فيه قال العينى تبعا للزيلعى والاول أصح بخلاف ما لو ابانها بتنجيز الطلاق ثم مضت مدة الايلاء وهى فى العدة حيث يقع أخرى بالايلاء لانه بمنزلة التعليق بمضى الزمان والمعلق لا يبطل بتنجيز ما دون الثلاث بحر (قوله والحال انها مضت المدتان الخ) ويعتبر ابتداء المدة من وقت التزوج بعد انقضاء العدة أو قبله لان به يثبت حقها فى الجماع وبامتناعه صار ظالما فيجازى بازالة نعمة النكاح (قوله فان نكحها بعد زوج آخر لم تطلق) لتقييده بطلاق هذا الملك ولو نكحها بعدما بانت بالايلاء مرة أو مرتين وعادت اليه بثلاث بانت كلما مضى اربعة أشهر لم يجامعها فيها حتى تبين بثلاث نهر وعند محمد يعود الايلاء بما بقى من الثلاث وعبارة الغاية قال الاسبيجابى ولو آلى من امرأته ومضت أربعة اشهر ولم يفىء اليها بانت منه بتطليقة ثم تزوجت بزوج آخر بعدما انقضت عدتها ثم عادت الى الاول ينعقد الايلاء بالاتفاق الا ان عند أبى حنيفة وابى يوسف ينعقد الايلاء بثلاث تطليقات مستقبلات وعند محمد ينعقد بما بقى من الثلاث وهى فرع مسئلة الهدم الخ (قوله ولو وطئها كفر لبقاء اليمين) ان كان الحلف بغير طلاقها وان كان به لا تبقى لما عرف ان تنجيز الثلاث يبطل تعليقها درر وتعقبه الشيخ شاهين بان قوله ان كان الحلف بغير طلاقها فيه نظر لصدقه على الحلف بحج ونحوه مع ان الواجب فيه الجزاء لا الكفارة واجاب شيخنا بان المراد بالغير ما اشتمل على القسم والحاصل ان اليمين باقية فى حق التكفير وان لم تبق فى حق الطلاق فتحقق الحنث فصار كما لو قال لاجنبية والله لا أقربك فتزوجها الا يكون موليا وتجب الكفارة اذا قربها كما فى الزيلعى (قوله فان تركها أربعة اشهر بانت بتطليقة) فابن أبى ليلى وان كان يقول بانه يصير موليا اذا حلف على ترك قربانها أقل من اربعة أشهر لكن لا يقول بانها تبين بمضى ذلك الاقل بل يشترط لابانتها مضى اربعة أشهر ومن هنا يعلم ما فى كلام الزيلعى والعينى والنهر مما يوهم خلاف المراد (قوله فهو ايلاء) لان الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع ولهذا لو قال بعتك بالف الى شهر وشهر كان الاجل شهرين ولو قال والله لا كلم فلانا يومين ويومين كان كقوله لا أكلمه اربعة أيام وقوله بعد هذين الشهرين وقع اتفاقا لانه لو قال شهرين وشهرين كان الحكم كذلك والاصل انه متى عطف من غير اعادة حرف النفى ولا تكرار اسم الله تعالى يكون يمينا واحدا ولو اعاد حرف النفى او كرر اسم الله تعالى يكون يمينين وتتداخل مدتهما بيانه لو قال والله

لا اكلم زيدا يومين ولا يومين يكون يمينين ومدتهما واحدة حتى لو كلمه فى اليوم الاول والثانى يحنث فيهما وتجب عليه كفارتان وان كلمه فى اليوم الثالث لا يحنث لانقضاء مدتهما وكذا لو قال والله لا كلم زيدا يومين والله لا اكلم زيدا يومين لما ذكرنا ولو قال والله لا اكلمه يومين ويومين كان يمينا واحدا ومدته أربعة ايام حتى لو كلمه فيها تجب عليه كفارة واحدة وعلى هذا لو قال والله لا اكلمه يوما ويومين كانت يمينا واحدة ومدته الى ثلاثة ايام حتى لو كلمه فيها تجب عليه كفارة واحدة ولو قال لا اكلمه يوما ولا يومين او قال والله لا اكلمه يوما والله لا اكلمه يومين فمدة الاولى يوم ومدة الثانية يومان حتى لو كلمه فى اليوم الاول تجب عليه كفارتان وفى اليوم الثانى كفارة واحدة ولو كلمه فى اليوم الثالث لا يحنث لانقضاء مدتهما وعلى هذا لو قال والله لا اقربك شهرين ولا شهرين او قال والله لا اقربك شهرين والله لا اقربك شهرين لا يكون موليا لانهما يمينان فتتداخل مدتهما حتى لو قربها قبل مضى شهرين تجب عليه كفارتان ولو قربها بعد مضيهما لا يجب عليه شىء لانقضاء مدتهما زيلعى (قوله ولو مكث يوما الخ) اما الاولى وهو ولا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين فلان الثانى ايجاب مبتدأ فلم تتكامل المدة وفى الثانى لم يكن موليا ايضا فى الحال حتى لو قربها وبقى بعد يوم القربان أربعة اشهر لم يقربها فيها حنث عندنا وقال زفر يكون موليا ويصرف الاستثناء الى آخر السنة واما فى الاخير فلانه يمكنه قربانها من غير شىء يلزمه بان يخرجها من مكة فان كان لا يمكنه بان كان بينهما ثمانية أشهر صار موليا على ما فى جامع الفقه واعتبر قاضيخان اربعة اشهر فقط نهر (قوله او ساعة) اشار الشارح به الى ان المراد باليوم مطلق الزمان وبه صرح فى البحر (قوله ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين الخ) هكذا وقع فى الهداية والوقاية وهذا هو الصواب خلافا لما فى الدرر من قوله والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد الشهرين الاولين نوح افندى ووجهه ظاهر لانه يلزم حينئذ ان يكون موليا لتكامل المدة وهذا يؤخذ من تعليله حيث علل عدم كونه موليا بقوله لانه لما فصل بين الشهرين الاولين والشهرين الاخيرين بيوم لم تتكامل مدة الايلاء وهى أربعة اشهر اه (قوله خلافا لزفر فى الثانية الخ) هى ما لو قال لا اقربك سنة الا يوما يكون موليا عنده ويصرف الاستثناء الى آخر السنة كما لو قال أجرتك دارى سنة الا يوما قلنا انما صرف الاستثناء الى آخر السنة فى الاجارة تصحيحا للعقد لانها لا تصح مع الجهالة بخلاف اليمين فانها تصح مع الجهالة فلا ضرورة فى اليمين الى صرف الاستثناء الى آخر السنة فله ان يجعل اليوم المستثنى أى يوم شاء لانه منكر فلا يمر به يوم من ايام السنة الا ويمكنه ان يجعله هو المستثنى ثم اذا قربها ان بقى من السنة اربعة اشهر أو اكثر صار موليا لسقوط الاستثناء والا فلا حموى عن شرح ابن الشلبى ولو حذف سنة لم يكن موليا حتى يقربها فيصير موليا ولو زاد الا يوما اقربك فيه لم يكن موليا ابدا لانه استثنى كل يوم يقربها فيه فلم يتصور منعه أبدا در (قوله وان حلف بحج الخ) شروع فى الثانى من نوعى الايلاء وهو الحلف بذكر الشرط والجزاء ولا يخفى حسن تقديم الاول بان قال ان قربتك فلله على حج او عمرة او صوم غير معين كيوم وشهر أما المعين فان كان بقدر مدة الايلاء او اكثر كقوله فلله على صوم اربعة اشهر او اما هذا الشهر فكذلك اما لو قال هذا الشهر فانه لا يكون موليا لانه يمكنه ترك القربان الى ان يمضى ثم يطؤها بلا شىء ولذا يكون موليا بقوله فلله على صدقة او عتق سواء كان المعتق معينا كعبدى هذا او لا كعبد او كان معلقا كقوله فكل مملوك أشتريه فهو حر وفى الخانية ان قربتك فعبدى حر فمضت المدة وفرق بينهما فبرهن العبد انه حر الاصل قضى القاضى بحريته ويبطل الايلاء وترد المرأة الى زوجها لانه تبين انه لم يكن موليا وظاهر انه فى العبد المعين لو باعه او مات سقط الايلاء ولو اشتراه صار موليا من وقت الشراء ان لم يكن قربها نهر وليس الشراء بقيد وقد يقال اراد به ما لو ملكه بأى سبب كما يستفاد من الشرنبلالية (قوله او آلى من المطلقة الرجعية) فان قيل وقوع الطلاق بالايلاء بطريق المجازاة لكونه ظالما بمنعها حقها فى الجماع والمطلقة الرجعية ليس لها حق فيه فكيف يتحقق جزاء الظلم قلنا ان الحكم فى المنصوص مضاف الى النص

لا الى المعنى والمطلقة الرجعية من نسائنا بالنص زيلعى (قوله فى جميع الصور) اما فى الشرط والجزاء فلان هذه الاجزية مانعة من الوطء فكانت فى معنى اليمين واما المطلقة رجعيا فلانها زوجة فيتناولها النص فان امتد طهرها وكانت من ذوات الاقراء بانت بمضى مدة الايلاء وان انقضت عدتها قبل مضى مدته بطل نهر (قوله وفى العتق خلاف أبى يوسف) ظاهر اطلاقه ان ابا يوسف يخالف فى العتق مطلقا لا فرق بين المعين وغيره وليس كذلك فلو قال كما قال العينى وفى عتق العبد المعين خلاف ابى يوسف لكان اولى ووجهه كما فى الزيلعى ان قربانها بلا شئ يلزمه ممكن بان يبيعه ثم يقربها وهما يقولان ان البيع موهوم فلا يمنع المانعية لان البيع لا يتم به وحده فربما لا يجد فى المدة من يشتريه ولو باعه سقط الايلاء بالاجماع لانه يقدر على قربانها من غير شئ يلزمه وان اشتراه بعد ذلك صار موليا من وقت الشراء ان لم يكن جامعها بعد البيع قبل الشراء لانه صار لا يقدر على قربانها الا بعتق يلزمه ولو مات العبد قبل البيع سقط الايلاء لقدرته على قربانها من غير ان يلزمه شئ وعلى هذا التفصيل موت المرأة المعلق طلاقها بالقربان او ابانتها ثم تزوجها بعد انقضاء العدة زيلعى لكن لو أبدل قوله وان اشتراه بعد ذلك الخ بقوله وان ملكه بأى سبب لكان اولى (قوله فعلى صلاة) والغزو كالصلاة عندهما الا انه يسهل ايجادهما فلا يصلحان مانعين عينى (قوله وعند محمد يكون موليا) لانه قربة وهو قول أبى يوسف اولا وقال الشافعى فى احد قوليه لا يكون الايلاء الا بالله عينى (قوله ومن المبانة والاجنبية لا) لان محل الايلاء من تكون من نسائنا بالنص وهما ليستا منها بخلاف المطلقة الرجعية لبقاء الزوجية بينهما عينى ولانه لو صح لوقع به البائن بمضى مدته والبائن لا يلحق مثله ولو وطئها كفر لما مضى من عدم التلازم بين الايلاء واليمين نهر لكن لو أتى بضمير التثنية بان قال ولو وطئهما الخ لكان اولى اذ لا فرق فى وجوب الكفارة بالوطء وان لم يصح ايلاؤه بين المبانة والاجنبية اما المبانة فلما ذكره وأما الاجنبية فلما قدمناه عن الولوالجى وبه صرح الزيلعى ايضا والعجب من السيد الحموى حيث جرى فى شرحه على ما ذكره فى النهر ولم ينبه على ما ذكرناه مع انه كتب بهامش المسودة عن الولوالجى ما نصه لو آلى من امته او أم ولده او اجنبية لم يكن موليا فى حق الطلاق دون الكفارة لان شرط الطلاق باليمين قيام ملك النكاح حال التعليق او حال وجود الشرط ولم يوجد فلم يصح اليمين بالطلاق وصح فى حق الكفارة اه قيد بكون الايلاء من المبانة بان أبانها ثم آلى منها لانه لو آلى فابانها ان مضت مدته وهى فى العدة بانت بأخرى والا لا در عن الخانية (قوله ومن الاجنبية) بان نكحها بعد الايلاء ولم يضفه الى الملك در (قوله لا يكون موليا) لفوات محله وهو الزوجية (قوله ومدة ايلاء الامة الخ) أى المنكوحة واطلاقه يعم ما لو كان زوجها حرا فلو اعتقت فى اثنائها انتقلت الى مدة الحرائر نهر وهذا ظاهر فى ان الظهار لا يبطل بعتقها بل هو باق حموى (قوله وقال الشافعى أربعة اشهر) وهذا مبنى على ان هذه المدة ضربت لاظهار الظلم بمنع الحق فى الجماع عنده والحرة والامة فى ذلك سواء وعندنا ضربت أجلا للبينونة فشابهت مدة العدة فتنتصف بالرق لكونها من حقوق النكاح زيلعى (قوله وان عجز المولى الخ) اى عجز حقيقة فان عجز حكما لا يتغير حكم الايلاء بان كان محرما لا يكون فيؤه الا بالوطء لانه لما كان قادرا حقيقة على الوطء لا يتحول الحكم الى ما هو خلف عن الوطء حموى عن شرح ابن الشلبى وهو محمول على ما اذا كان بينه وبين الحج اربعة اشهر كما قيد به فى النهر ولو آلى مريضا ايلاء مؤبدا وبانت بمضى المدة ثم صح وتزوجها وهو مريض ففاء بلسانه لم يصح عندهما وصح عند أبى يوسف وهو الاصح وقولهما ظاهر المذهب كما فى الجامع الكبير لابى يوسف ان الايلاء وجد منه وهو مريض وعاد حكمه وهو مريض وفى زمان الصحة هى مبانة لا حق لها فى الوطء فلا يعود فيه حكم الايلاء وهما يقولان ذلك بتقصير منه فانه كان يمكنه الفئ باللسان قبل مضى المدة ولا تبين زيلعى واختلف فيما لو حبس هل يفئ بلسانه او لا بد من الفعل صحح الاول فى البدائع وفى شرح الطحاوى لا يكون فيؤه باللسان وهو جواب الرواية ووفق بينهما بالامكان وعدمه شرنبلالية عن الفتح (قوله انسداد الرحم) المراد ان لا يكون لها خرق الا المبال حموى

عن

فى جميع الصور وفى العتق خلاف أبى
يوسف وقال اذا قربتك فعلى صلاة
لا يكون موليا وعند محمد يكون موليا
(ومن المبانة) أى لو آلى من المبانة
بتطليقة او ثنتين وهى فى العدة
(و) من (الاجنبية لا) يكون موليا وقال
(ومدة ايلاء الامة شهران) (وان عجز المولى
الشافعى اربعة اشهر) ومرضها او بالرتق)
عن وطئها لمرضه
بفتح التاء انسداد الرحم بعظم ونحوه
والرتق بالسكون

عن باكر (قوله مانع يمنع الخ) أى وان كان بدون الانسداد فعلى هذا يكون الرتق بالسكون أعم منه بالفتح (قوله ففيؤه الخ) اعلم ان الفئ عبارة عن الرجوع يقال فاء الظل اذا رجع ولما قصد المولى باليمين منع حقها من الوطء سمى الرجوع عنه فيئا قال تعالى فان فاؤا أى رجعوا عن قصدهم حموى عن الاختيار (قوله ان يقول فئت اليها) وما دل عليه كابطلت الايلاء ورجعت عنه وراجعتك وارتجعتك نهر ولو قربها بعد ما فاء بلسانه كفر عن يمينه لتحقق الحنث به لان يمينه باقية فى حق الحنث وان بطلت فى حق الطلاق زيلعى فالفئ باللسان يبطل الايلاء فى حق الطلاق فقط وأما الفئ بالفعل فيبطله فى حق الطلاق والحنث جميعا حموى عن الاختيار (قوله وقال الشافعى لا فئ الا بالجماع) لانه ظلمها بمنع حقها وهو الوطء فيكون ايفاؤه به ولهذا لا يحنث به لان المعلق بالفئ حكمان وجوب الكفارة وامتناع حكم الفرقة والفئ باللسان لا يعتبر فى حق أحد الحكمين فكذا فى حق الحكم الآخر ومذهبنا مروى عن على وابن مسعود وكفى بهما قدوة ولان وقوع الطلاق عند مضى المدة باعتبار التعنت والاضرار بها وذلك ينعدم بالفئ باللسان عند العجز عن الفئ بالجماع لان الفئ عبارة عن الرجوع وذلك يوجد بهما ولا نسلم ان حقها فى الجماع فى هذه الحالة وهى حالة العجز بل نقول ان كان قادرا على الجماع فحقها فيه فكان قصده الاضرار بها بمنعه نفسه عنه وان كان عاجزا فليس لها حق فى الجماع وانما قصد ايحاشها واضرارها به فيكون فيؤه فى الموضعين بازالة ما قصد لان التوبة بحسب الجناية ولو كان وقوع الطلاق باعتبار منع حقها فى الجماع فقط لما كان موليا فى حالة العجز عنه لانه لا حق لها فيه فى هذه الحالة ولهذا لم تملك مطالبته به فلم يكن بامتناعه عنه ظالما زيلعى (قوله فلم يكن فيؤه الا بالجماع) فيشترط فيه العجز المستوعب للمدة (قوله وان قدر الخ) نبه بهذه الجملة على انه يشترط دوام العجز من وقت الايلاء الى مضى مدته وبقى شرط ثالث نبه عليه فى البدائع هو قيام النكاح وقت الفئ باللسان حتى لو أبانها ثم فاء بلسانه لم يصح فلو تزوجها ومضت المدة بانت منه نهر (قوله ففيؤه الوطء) لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف كالمتيمم اذا وجد الماء نهر وأراد بالوطء ما كان فى الفرج فلو وطئ فى غيره كدبر لا يكون فيئا تنوير وشرحه (قوله ان نوى التحريم أو لم ينو شيئا) لان تحريم الحلال يمين بالنص عينى وقوله أو لم ينو شيئا أى لا ظهارا ولا طلاقا ولا ايلاء ولا كذبا حموى (قوله وظهارا ان نواه) لان فيه حرمة فاذا نواه صح لانه يحتمله عينى (قوله وقال محمد لا يكون ظهارا) لعدم ركنه وهو تشبيه المحللة بالمحرمة عينى وذكر فى الهداية خلاف محمد ولم يذكر فى ظاهر الرواية وانما نقله السرخسى عن النوادر والمذكور فى جوامع الفقه عن محمد كقولهما نهر وقد قدمنا أن جوامع الفقه تأليف أبى يوسف واعلم ان ظاهر كلام النهر يقتضى ان رواية النوادر ليست من ظاهر الرواية والمصرح به فى كلام ابن كمال باشا من كتاب الحج على ما نقل عنه شيخنا انها قد تكون من ظاهر الرواية ونصه الفرق بين ظاهر الرواية ورواية الاصول هو ان المراد من الاصول المبسوط والجامع الصغير والكبير والزيادات والسير الكبير وليس فيه رواية الحسن بل كله رواية محمد ورواية النوادر قد تكون ظاهر الرواية والمراد من رواية النوادر رواية عن الاصول المذكورة وقد صرح البعض بعدم الفرق اهـ (قوله ان نوى الكذب) لانه أراد حقيقة كلامه فكان كذبا حقيقة عينى والكذب بفتح الكاف مع كسر الذال ويجوز كسرها مع اسكان الذال نهر (قوله وقيل لا يصدق قضاء) لانه يمين ظاهرا فلا يصدق فى الصرف الى غيره عينى (قوله وطلقة بائنة ان نوى الطلاق) لانه من الفاظ الكنايات عينى سواء لم ينو عددا أو نوى ما دون الثلاث وسواء نوى بائنة أو رجعية حموى عن البرجندى (قوله وثلاث ان نواه) لان هذا اللفظ من الكنايات على ما مر وفيها يصح نية الثلاث نهر (قوله وفى الفتاوى الخ) كذا وقع فى كثير من النسخ ووقع فى بعضها وفى الفتوى أى التى يفتى بها المفتى وهو الاولى نهر (قوله وقع الطلاق) أى البائن ولم يقيده به اكتفاء بما قدمه من أن هذا حكم كل كناية وقد عده منها ثم كان ينبغى حيث استغنى عن النية أن يكون الواقع به رجعيا وأجيب بأن المتعارف انما هو ايقاع البائن به كما أفتى به المتأخرون ولهذا لا يحلف به

مانع يمنع من سلوك الذكر اما غدة
غليظة أو لحمة مرتفعة أو عظم كذا فى
طلبة الطلبة (أو بالصغر أو ببعد مسافة)
لا تقطع بأربعة أشهر (ففيؤه) أى
رجوعه (ان يقول فئت اليها) وقال
الشافعى لا فئ الا بالجماع وهو مذهب
الطحاوى هذا اذا كان المولى مريضا
حين آلى وبقى أربعة أشهر وهو مريض
اما اذا كان صحيحا حين آلى ثم مرض
بعدما بلا انه مقدار ما يستطيع فيه ان
يجامعها ثم مرض بعد ذلك فلم يكن فيؤه
الا بالجماع وقال زفر فيئه باللسان
(وان قدر فى المدة) بان صح أو وصل
(ففيؤه الوطء) وبطل ذلك الفئ بقوله
(أنت على حرام ايلاء ان نوى التحريم
او لم ينو شيئا وظهارا ان نواه) أى الظهار
وقال محمد لا يكون ظهارا (وكذب)
أى هدر (ان نوى الكذب) وقيل
لا يصدق قضاء (و) طلقة (بائنة ان
نوى الطلاق وثلاث ان نواه) أى
الثلاث (وفى الفتاوى اذا قال لامرأته
أنت على حرام و) الحلال ان (الحرام
أنت على ... وان لم ينو طلاقا وقع
عنده طلاق
الطلاق)

الا الرجال حتى لو حلفت المرأة لزمها بالحنث كفارة يمين نهر ولو لم يكن له امرأة كان يمينا حتى لو تزوج امرأة ثم وجد الشرط لم تطلق به يفتى لصيرورتها يمينا فلا تنقلب طلاقا قادر (قوله وجعل ناو يا عرفا) هذا يدل على ان الاعتبار للعرف وعرف الناس اليوم اطلاقه على الطلاق ولهذا لا يحلف به الا الرجال كما قدمناه وعن هذا قالوا لو نوى غيره لا يصدق قضاء بقى ان يقال ظاهر كلام الزيلعى انه اذا نوى غير الطلاق لا يصدق قضاء مطلقا سواء نوى الكذب أو غيره مما عدا الطلاق وهو يخالف لما نقله السيد الحموى عن البرجندى حيث قال قيل فى نية الكذب لا يصدق قضاء لانه يمين ظاهرا لكونه تحريم الحلال كذا فى الكافى وهذا التعليل يستلزم ان يصدق فى غير نية الايلاء اه ولو كان له أربع نسوة والمسئلة بحالها يقع على كل واحدة منهن طلقة بائنة وقيل تطلق واحدة منهن والبيان اليه وهو الاظهر والاشبه زيلعى والمراد من كون المسئلة على حالها ان يكون الحرام عنده طلاقا وان لم ينو طلاقا على ما ظهر من سياق كلامه واما كون وضع المسئلة أنت على حرام فلا فان ما تقتضيه صحة المساق هو ان تكون العبارة ههنا امرأتى على حرام اذ لا مساغ لان يقال لاربع نسوة أنت على حرام ولا تتأتى صحة القولين المذكورين الا على ما قررناه عزمى والمراد بالقولين ما سبق من وقوع الطلاق على الجميع أو واحدة واليه البيان والحاصل ان اختلاف القولين انما يتمشى على ما اذا أضاف التحريم الى امرأة لا بعينها بأن قال امرأتى على حرام ولم يعين وله نسوة لانه قال مخاطبا المعينة منهن ولا انه عمم فقال نسائى على حرام اذ لو خاطب واحدة منهن لم يقع الا عليها كما فى الشرنبلالية (فرعان) قال الولوالجى رجل حلف بطلاق ان لا يطلق امرأته فآلى منها فمضت المدة حنث ووقع عليها طلاقان لانه وجد الشرط وهو طلاق امرأته اه وفى البدائع لو قال اذا جاء غد فوالله لا اقربك واذا جاء بعد غد فوالله لا اقربك يصير موليا ايلاءين أحدهما فى الحال والآخر فى الغد اه وذكر بعض الفضلاء ان قوله فى الحال مشكل لان الايلاء المضاف الى وقت ينعقد وقت وجود الوقت لا فى الحال على ما صرح به قبله حموى قلت وكذا قوله والآخر فى الغد مشكل أيضا لانه مضاف الى ما بعد الغد

(باب الخلع)

(قوله والاسم الخلع بالضم) فهو يستعمل فى نزع الزوجية بالضم وفى غيره بالفتح والخلعة بالضم لغة فيه وخلع ثوبه ونعله خلعا نزعه صيغ منهما المفاعلة لملاحظة الملابسة كل الآخر كالثوب الملبوس قال تعالى هن لباس لكم وأنتم لباس لهن نهر (قوله هو الفصل من النكاح) هذا تعريف لمطلقه أعنى سواء كان معه مال أولا لكن لا بد وان يكون بلفظ الخلع فان الطلاق على مال ليس هو الخلع بل فى حكمه من وقوع البائن به لا مطلقا والا لجرى فيه الخلاف فى انه فسخ وفى سقوط المهر به لو كان المسمى غيره والصحيح فى تعريف الاول كما فى الفتح ازالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع فازالة ملك النكاح كالجنس لشمولها الازالة بالطلاق وخرج بملك النكاح الخلع فى النكاح الفاسد وبعد الردة فانه لغو كما فى الفصول وبقوله بلفظ الخلع الطلاق على مال زاد فى البحر أو ما فى معناه المتوقف على قبولها ليدخل ما اذا كان بلفظ المبارأة فانه كما سيأتى يقع به البائن وتسقط به الحقوق وما اذا كان بلفظ البيع والشراء فانه كذلك على ما صححه فى الصغرى وان صرح فى الخانية بخلافه وخرج بالمتوقف ما لو قال لها خلعتك ناويا الطلاق فانه يقع بائنا غير مسقط شيئا وشرطه كالطلاق وصفته انه يمين من جانبه معاوضة من جانبها عند الامام نهر وأفاد التعريف صحة خلع المطلقة رجعيا در وما فى النهر من قوله من تأمل قوله فى الفتح الطلاق على مال ليس هو الخلع بل فى حكمه لا مطلقا والا لجرى فيه الخلاف فى انه فسخ وفى سقوط المهر علم ان المبارأة من الفاظ الخلع قال شيخنا انه غير موجود فى خط المؤلف والموجود فيه واقول لا حاجة الى ما زيد اذ المبارأة ليست خلعا بل كالخلع فى حكمه على ما ستعرفه انتهى (قوله والواقع به الخ) سواء كان على مال أولا

وجعل ناو يا عرفا
(باب الخلع)
يقال خالعت زوجها اذا افتدت منه
عليها والاسم الخلع بالضم والمناسبة ان
الايلاء يكون بناء على نشوز الزوج
والخلع بناء على نشوز الزوجة غالبا
(هو الفصل من النكاح والواقع به

لخبر الخلع طلقة بائنة (قوله وبالطلاق على مال) قيد بالمال لانها لو قالت طلقنى على ان أمرك فى علمك ففعل كان رجعيا (قوله بائن) لان الزوج ملك العوض فوجب ان تملك هى المعوض تحقيقا للمساواة وذلك بالبائن وكذا اذا وقع بلفظ البيع والمبارأة كان بائنا لانه معاوضة ولهذا يشترط قبولها فى المجلس وهى تقتضى المساواة على ما تقدم ولو قال لم أعن الطلاق لم يصدق لان ذكر العوض امارة صادقة على أن مراده الطلاق ولو لم يذكر العوض يصدق فى لفظ الخلع والمبارأة لانهما كنايتان ولا يصدق فى لفظ الطلاق والبيع لانه خلاف الظاهر زيلعى وكذا يصدق اذا ادعى فى الخلع شرطا أو استثناء الا اذا وجد التزام أو قبضه شرنبلالية عن النهر (تتمة) المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت فى العدة والكناية أيضا تلحقها اذا كانت فى حكم الصريح نحو اعتدى واستبرئى رحمك شيخنا عن ابن الشحنة (قوله وقال الشافعى الخلع فسخ) أى فى القديم يروى ذلك عن ابن عباس وبه قال أحمد وفى قول عن الشافعى انه رجعى وفى قول وهو أصح أقواله انه طلاق بائن كمذهبنا لقوله عليه السلام الخلع تطليقة بائنة وهو مروى عن عمر وعلى وابن مسعود موقوفا ومرفوعا عينى ولو قضى القاضى بكونه فسخا ففى نفاذه قولان ولا يخفى ان قضاة هذا الزمان ليس لهم الا القضاء بالصحيح من المذهب وهو كونه بائنا شرنبلالية والحاصل ان الترجيح قد اختلف ففى البحر استظهر القول بالنفاذ معللا بانه قضى فى فصل مجتهد فيه وتبعه فى الدر هنا لكن ذكر فيه من الديباجة نقلا عن الشيخ قاسم فى تصحيحه ان الحكم والافتاء بالقول المرجوح جهل وخرق للاجماع وان الخلاف خاص بالقاضى المجتهد وأما المقلد فلا ينفذ قضاؤه بخلاف مذهبه أصلا كما فى القنية ولا سيما فى زماننا فان السلطان ينص فى منشوره على نهيه عن القضاء بالاقوال الضعيفة فكيف بخلاف مذهبه فيكون معزولا بالنسبة لغير المعتمد من مذهبه فلا ينفذ قضاؤه فيه وينقض كما بسط فى قضاء الفتح والبحر والنهر الخ فكان ما فى البحر هنا من قوله والظاهر النفاذ الخ خلاف المعتمد (قوله ولزمها المال) لانه لم يرض بخروج البضع عن ملكه الا به وهو يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كحق القصاص فوجب بالتزامها له زيلعى ولو أبدل قوله ولزمها المال بقوله وكان له المسمى لكان أولى ليشمل ابراءها عما لها عليه اصالة أو كفالة بحر وهذا اذا لم تكن محجورة بالسفه فلو كانت لم يلزمها المال وان المريضة اذا اختلعت اعتبر من الثلث نهر وفى كلامه ايماء الى انه لو أكرهها على الخلع تطلق ولا يلزمها المال وبه صرح فى الدرر أى تطلق بائنا ان وقع بلفظ الخلع وما مثل به فى الدرر من ان طلاق المكره واقع سهو لان المكره ههنا المرأة وهى ليست من أهل الطلاق نوح أفندى عن الوانى فالصواب ان يقول لان وقوع الطلاق يعتمد وجود القبول والفائت بالاكراه ليس ذلك بل الرضى عزمى ولو اختلفا فى الكره والطوع فالقول له مع اليمين شرنبلالية (قوله وكره له أخذ شئ ان نشز الزوج) لقوله تعالى وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا ولانه أوحشها بالفراق فلا يزيد فى ايحاشها بأخذ المال زيلعى والمراد بالكراهة التحريمية ويلحق به الابراء من صداقها والحق ان الاخذ فى هذه الحالة حرام للنهى القطعى نهر (قوله وان نشزت لا) ولو وجد منه نشوز أيضا لان قوله تعالى فلا تأخذوا منه شيئا حمل على ما اذا كان النشوز منه وقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به على ما اذا كان النشوز منها سواء كان منه نشوز أيضا أم لا غير انه ان كان النشوز منهما كانت اباحة الاخذ بعبارة النص وان كان منها فقط فبدلالته نهر (قوله كره فى رواية المبسوط ولا يكره فى رواية الجامع) قال فى الفتح رواية الجامع أوجه وصحح الشمنى رواية الاصل بحر ووجه رواية الجامع قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به اذ هو باطلاقه شامل للقليل والكثير وان كان أكثر مما اعطاها زيلعى والآية نزلت فى ثوبان بن قيس وامرأته وهو أول خلع فى الاسلام كذا قال صاحب الكشاف وروى صاحب السنن والترمذى مسندا الى ثوبان قال قال عليه الصلاة والسلام أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة شيخنا عن غاية البيان وأشار فى الدر عن الملتقى

وبالطلاق على مال طلاق بائن) وقال
الشافعى الخلع فسخ حتى لو خالعها
بعد الطلقتين لا تحل له حتى تنكح زوجا
غيره عندنا خلافا له وقال بعض[؟] كذا
الناس يقع بالخلع تطليقة رجعية
فى الجامع الصغير الخانى (ولزمها
المال وكره له أخذ شئ) عوضا من
المرأة فى الخلع قل أو كثر (ان نشز)
الزوج (وان نشزت) المرأة (لا) يكره
ولا بأس له أن يأخذ المهر الذى قبضته
منه بعينه أو مثله وان أراد ان يأخذ
منها زيادة على مهرها كره فى رواية
المبسوط ولا يكره فى رواية الجامع الصغير

الى مابه يحصل التوفيق بين رواية المبسوط والجامع بأن نحمل الكراهة المثبتة فى المبسوط على التنزيهية
فلا ينافى رواية الجامع نحمل نفيها حينئذ على التحريمية (قوله والنشز بالسكون والحركة) أى بالسكون
فى حالة والحركة فى حالة أخرى ويجوز أن تكون الواو بمعنى أو حموى (قوله اذا استعصت) بتقديم العين
على الصاد من العصيان وفى العينى اذا استصعبت بتقديم الصاد على العين من الصعوبة وكلاهما صحيح
(قوله وانما لم يذكر عكسه الخ) يشير الى ان هذه القضية وان كانت مضطردة الا انها غير منعكسة عكسا
كليا اذ لو قلت كل مالا يصلح مهرا لا يصلح بدل الخلع كانت كاذبة وأما انعكاسها جزئية كقولك بعض
ما صلح بدل خلع يصلح مهرا والبعض لا فصحيح قال فى النهر وجوز الاتقانى انعكاسها كلية صادقة وعليه
جرى العينى اذ الغرض من طرد الكلى ان يكون مالا متقوما ليس فيه جهالة مستتمة وما دون العشرة
بهذه المثابة ومن عكسه ان لا يكون مالا متقوما أو ان يكون فيه جهالة مستتمة وما دون العشرة مال متقوم
لا جهالة فيه ولا يخفى ان الصلاحية المطلقة هى الكاملة وكون مطلق المال المتقوم خاليا عن الكمية
يصلح مهرا ممنوع فلهذا منع المحققون انعكاسها كلية انتهى (قوله وله ما فى بطنها) يعنى وقت الخلع دون
ما حدث بعده واذا صحت التسمية فله المسمى ان وجد وان لم يكن فى بطنها شئ فلا شئ له لانها ما غرته لان
ما فى البطن قد يكون مالا متقوما وقد يكون ريحا حموى عن الاكمل (قوله لان ما فى البطن ليس بمال
متقوم فى الحال الخ) لا ينافى ما تقدم عن الاكمل لان مراد الاكمل التقوم مآلا حموى ومنه تعلم ان مراد
الاتقانى والعينى من تجويز انعكاسها كليا انما هو بالنظر الى مطلق التقوم ولو فى المآل مع قطع النظر عن
الكمية (قوله وقع بائن فى الخلع رجعى فى غيره) اما وقوع الطلاق فيهما فلوجود الشرط وهو القبول وأما
الافتراق فى البينونة والرجعية فلان العوض اذا بطل فى الخلع بقى لفظه وهو كناية والواقع بها بائن واذا
بطل فى الطلاق بقى صريحه وهو يقتضى الرجعة عينى (قوله ووقع الطلاق مجانا) أى وقوعا مجانا لانه
صفة مصدر محذوف ووزنه فعال لانه ينصرف عينى وفى البزازية قالت خالعنى بمال أو على مال ولم تذكر
قدره لا يتم فى ظاهر الرواية بلا قبول واذا لم يجب البدل هل يقع الطلاق قيل يقع وبه يفتى وقيل لا وهو
الاشبه نهر (قوله كخالعنى على ما فى يدى الخ) سواء قالت من شئ أو لا ومثله ما فى بيتى من شئ أو على
ما فى بطن جاريتى أو غنمى أو على ما فى نخلى فاذا لا شئ فيها نهر عن المحيط وانما كان كذلك لان الايقاع
معلق بالقبول وقد وجد ولا يجب عليها شئ لانها لم تسم مالا متقوما لتصير غارة له ولا هو متقوم ليجب
عليها قيمته وانما يتقوم بالتسمية وقد فسدت بخلاف النكاح والعتق والكتابة بالخمر حيث يجب مهر المثل
وقيمة العبد لان الخمر مال ولكن الشرع اهانها واهدر تقومها فلم تصلح لابطال قيمة المتقوم ولا التقويم
غير المتقوم فلم يجب عليها شئ بخلاف ما اذا قالت خالعنى على هذا الخل فاذا هو خمر حيث يجب عليها رد
المهر عند أبى حنيفة وعندهما يجب مثله من خل وسط لانه صار مغرورا من جهتها بتسمية المال
زيلعى وهو محمول على ما اذا لم يكن له علم بانه خمر فان علم فلا شئ له بحر وفيه عن المحيط خلعها على عبد
فاذا هو حر رجع بالمهر عندهما وعند أبى يوسف بقيمته لو كان عبدا الخ وكذا لا شئ له اذا قال خالعتك
على ما فى يدى ولا شئ فى يده ولو كان فيها جوهرة لما قبلت فهى له وان لم تعلم بذلك لانها هى التى
أضرت بنفسها حيث قبلت قبل أن تعلم بما فى يده در (قوله والحال انه لا شئ فى يدها) فلو كان
فى يدها شئ من المال كان له ولو قليلا فيما اذا قالت من مال شرنبلالية (قوله وان زادت من مال)
أى ولم يكن له علم بانه لا شئ فى يدها اما اذا علم وقع الطلاق ولم يلزمها شئ (قوله ردت مهرها)
لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بزوال ملكه الا بعوض ولا وجه الى ايجاب المسمى أو قيمته
للجهالة ولا الى ايجاب قيمة البضع وهو مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب ما قام به
البضع على الزوج زيلعى وفى قوله ردت مهرها ايماء الى انه مقبوض ولا فرق بين كونه مسمى أو مهر
المثل فاذا لم يكن مقبوضا فلا شئ عليها وكذا لو كانت أبرأته منه شرنبلالية عن العمادية والجوهرة ولو

والنشز بالسكون والحركة المكان
المرتفع والجمع نشوز وانشاز ومنه
نشزت المرأة على زوجها فهى ناشزة
اذا استعصت عليه وابغضته كذا فى
المغرب (وما صلح مهرا صلح بدل الخلع)
وانما لم يذكر عكسه حيث لم يقل وكل
مالا يجوز ان يكون مهرا لا يجوز أن
يكون بدلا فى الخلع لانه ذكر فى المبسوط
وان اختلعت منه بما فى بطن جاريتها أو ما
فى بطن غنمها جاز وله ما فى بطنها
بخلاف الصداق فان فى مثله يجب
مهر المثل لان ما فى البطن ليس بمال
متقوم فى الحال وانما هو مال بعد
الانفصال (فان خالعها أو طلقها
بخمر أو خنزير أو ميتة وقع)
المسلم (بائن فى الخلع رجعى فى غيره)
طلاق (مجانا) اى لا يجب
وهو الطلاق بلا المسمى ولا غيره (كخالعنى
على ما فى يدى و) الحال انه (لا شئ فى
يدها و ان زادت) بان قالت خالعنى
على ما فى يدى (من مال أو من دراهم)
حين لا شئ فى يدها (ردت مهرها)

خلعها

خلعها بمالها عليه من المهر ظانا ان عليه بقية المهر فاذا هو أوفى الكل ردت عليه المهر وان علم انه لا شئ
عليه وقع مجانا نهر عن الولوالجية (قوله أو ثلاثة دراهم) لانها اقل الجمع فتجب عليها المتيقن به فان قيل
كلمة من للتبعيض فينبغى ان يجب بعض الدراهم وذلك درهم أو درهمان قلنا قد تكون من لبيان
الجنس ففى كل موضع تم الكلام بنفسه لكنه اشتمل على ضرب ابهام فهى للبيان كقوله تعالى فاجتنبوا
الرجس من الاوثان والا فهى للتبعيض وقولها خالعنى على ما فى يدى كلام تام بنفسه حتى جاز الاقتصار
عليه الا ان فيه نوع ابهام لان ما فى يدها لا يعرف من أى جنس هو فتعينت للبيان زيلعى فلو فى يدها اقل
من ثلاث كملتها در ولو فى يدها دنانير والمسئلة بحالها لا يجب له غير الدراهم نهر بحثا قال ولم أره ولا فرق بين
كونها ذكرت الدراهم منكرة أو معرفة واعترض بأن هذا فى المنكر ظاهر اما فى المحلى فينبغى وجوب درهم
واحد لبطلان الجمعية باللام الجنسية وأجيب بأن هذا عند عدم امكان العهدية وقد امكنت لان قولها
على ما فى يدى صادق بالدراهم نهر (قوله وان كانت لم تقبض بعد سقط) وكذا لو كانت ابرأته منه كما سبق
(قوله على انها بريئة من ضمانه الخ) اما البراءة من عيبه فصحيحة نهر (قوله وعليها تسليم عينه الخ) لانه
عقد معاوضة فيقتضى سلامة العوض واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل الشرط لكونه مخالفا لموجب
العقد ولا يبطل الخلع لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة كالنكاح بخلاف البيع حيث لا يصح فى الآبق
ويبطل بالشروط الفاسدة أيضا لانه منهى عنها فيه لا فى الخلع (قوله قالت طلقنى ثلاثا بألف الخ) هذا
أى انما يجب له ثلث الالف اذا طلقها فى المجلس حتى لو قام فطلقها لا يجب شئ كما فى الفتح بخلاف ما اذا
بدأ هو فقال خالعتك على ألف فانه يعتبر مجلسها فى القبول لا مجلسه حتى لو ذهب من المجلس ثم قبلت فى
مجلسها اذ ذاك صح قبولها شرنبلالية عن البحر (قوله له ثلث الالف) لان الباء تصحب الاعواض وهو ينقسم
على المعوض عينى وقوله وهو ينقسم أى العوض المفهوم من الاعواض ويكون بائنا لوجوب المال وهذا
اذا لم يكن طلقها قبل ذلك ثنتين فان كان وطلقها واحدة له كل الالف كما فى المبسوط وغيره كما لو طلقها ثلاثا
دفعة أو متفرقة فى مجلس واحد شرنبلالية عن البحر والنهر فما فى الدر من قوله وفى الخانية لو كان طلقها
ثنتين فله كل الالف أى لو كان طلقها ثنتين قبل قولها له طلقنى ثلاثا بالف فطلقها واحدة هذا هو المراد
وان كان كلامه لشدة اختصاره ربما اوهم خلاف ذلك (قوله بأن قالت طلقنى ثلاثا على الف) أى وطلق
واحدة حموى (قوله وقع رجعى مجانا الخ) لان على للشرط عند الامام والطلاق يصح تعليقه بالشرط واجزاء
الشرط لا تنقسم على اجزاء المشروط فيقع رجعية بلا شئ درر (قوله وعندهما وهو قول الشافعى يقع
تطليقة بائنة بثلث الالف) لانهما حملاه على العوض بمعنى الباء كما فى بعت عبدا بألف أو على الف وله ان
البيع لا يصح تعليقه بالشرط فيحمل على العوض ولا ضرورة فى الطلاق لصحة تعليقه بالشرط درر (قوله
فطلقت واحدة لم يقع شئ) لانه لم يرض بالبينونة الا بسلامة الالف كلها بخلاف قولها له طلقنى ثلاثا بألف
لانها لما رضيت بالبينونة بألف كانت ببعضها أولى ان ترضى درر (قوله فقبلت الالف لزم الالف) لانه
مبادلة أو تعليق فيقتضى سلامة البدل او وجود الشرط وذلك لما ذكرنا درر يعنى اذا قبلت فى المجلس ولم
تكن مكرهة ولا سفيهة ولا مريضة وفى البحر عن التتارخانية قال لامرأتيه احداكما طالق بألف درهم
والاخرى بمائة دينار فقبلتا طلقتا بغير شئ درر ووجه عدم لزوم البدل الجهالة اذ كل من قوله احداكما
والاخرى صادق بكل منهما فكانت كل منهما محتملة لان يكون البدل فى حقها الالف درهم أو المائة
دينار اما ان قال أنت طالق بمائة دينار والاخرى بألف درهم فقبلتا فى المجلس فانه يلزم كل منهما ما سمى
من غير شك لكن حيث سقط عنهما ما سماه من البدل كان ينبغى انه يلزمهما رد ما اخذاه من المهر كما
يعلم مما سيأتى عن النهر فى شرح الكلام على قول المصنف بمال معلوم (قوله لزم وبانت) وانما قيد
بقبولها لانها لو لم تقبل لا تطلق ولا يلزمها شئ ولا بد من القبول فى الوجهين لان معنى قوله بألف بعوض
يجب لى عليك والعوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده حموى عن باكير والمراد

فى الصورة الاولى (أو) ردت (ثلاثة
دراهم) فى الثانية ثم قوله ردت مهرها
اشارة الى ان المهر مقبوض لان الرد
انما يكون بعد الاخذ وان كانت لم
تقبض بعد سقط (وان خلع على عبد
آبق لها على انها بريئة من ضمانه لم
تبرأ) المرأة من ضمانه وعليها تسليم
عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان
عجزت (قالت طلقنى ثلاثا بألف) درهم
(فطلق) طلقة (واحدة له ثلث الالف)
وهو ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون
وثلث درهم (وبانت) بواحدة (وفى
على الف) بان قالت طلقنى ثلاثا على
الف (وقع رجعى) حال كونه (مجانا)
عند أبى حنيفة وعندهما وهو قول
الشافعى يقع طلقة بائنة بثلث الالف
لو قال (طلقى نفسك ثلاثا بألف أو على
ألف فطلقت واحدة لم يقع شئ) ولو
قال (أنت طالق بألف أو على) ألف
(فقبلت) الالف (لزم) الالف (وبانت)
بواحدة وانما قيد بقبولها لانها لو لم
تقبل لا تطلق ولا يلزمها شئ ولو قال
لزوجته (أنت طالق وعليك الف أو)
قال المولى لعبده (أنت حر وعليك ألف
فقبلت) فى الخلع (وعتق) مطلقا سواء
قبلا الالف أو لا (مجانا) وذلك عند
أبى حنيفة

بالوجهين قوله أنت طالق بألف او على ألف (قوله وعندهما عليها الالف ان قبلا) لان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فيقال احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قوله بدرهم وله انه جملة تامة فلا ترتبط بما قبله الا بدلالة الحال اذ الاصل فيها الاستقلال ولا دلالة هنا لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بخلاف البيع والاجارة فانهما لا يوجدان بدونه درر وبقولهما يفتى در عن الحاوى (قوله وصح شرط الخيار لها لا له) لانه معاوضة من جانبها يمين من جانبه وهذا قول الامام وقالا لا يصح بناء على انه يمين من جانبها أيضا فان قلت ثبوته فى البيع على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره قلت اثبتناه هنا دلالة لان ثبوته فى البيع انما كان لدفع الغبن فى الاموال ولا شك ان الغبن فى النفوس اضر والحاجة الى التروى فيه اكثر فانه ربما يفوتها هذا الازدواج على وجه لا يحصل لها مثله فتح وفيه نظر يعلم بمراجعة النهر واطلق فى المدة فشمل اشتراطه لها اكثر من الثلاث عنده والفرق للامام بينه وبين البيع ان اشتراطه فى البيع على خلاف القياس لانه من التمليكات فيقتصر على مورد النص وفى الخلع على وفقه لانه من الاسقاطات بحر وأما خيار الرؤية فلا يثبت فيه كما فى العمادية وفيها ان خيار العيب الفاحش وهو ما يخرجه من الجودة الى الرداءة ثابت فيه دون اليسير نهر (قوله ثلاثة أيام) مقتضاه عدم جواز الزيادة على الثلاث وليس كذلك كما سبق (قوله والقول قوله) أى بيمينه شرنبلالية عن الفتح (قوله فالقول للمشترى) والفرق ان الطلاق على مال يمين من جانبه فالاقرار به لا يكون اقرارا بالشرط لصحته بدونه اما البيع فلا يتم الا بالقبول فالاقرار به اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه ولو اقاما بينة فبينة المرأة اولى وفى القنية اقامت بينة ان زوجها المجنون خالعها فى صحته واقام وليه او هو بعد الافاقة انه خالعها فى جنونه فبينة المرأة اولى نهر ووجهه ان البينة التى تشهد بالخلع فى جنونه شهدت بنفى فى المعنى اذ الجنون عدم العقل بخلاف بينتها ولو ادعى الخلع على مال وهى تنكر يقع الطلاق باقراره والدعوى فى المال بحالها فيكون القول لها لانها تنكر وعكسه لا كيف ما كان برازية ولو قالت كان بغير بدل فالقول لها تنوير وشرحه وكذا ان اختلفا فى مقدار البدل يكون القول لها الا ان يقيم هو البينة (قوله ويسقط الخلع الخ) أى فى نكاح صحيح ولو بلفظ بيع وشراء كما اعتمده العمادى وغيره درر والمراد الخلع الصادر بين الزوجين لانه لو خالعها مع أجنبى بماله لا يسقط به مهرها والسقوط فيما اذا كان الخلع بصيغة المفاعلة لما فى البحر عن البزازية قال لها خالعتك فقالت قبلت لا يسقط شئ من المهر ويقع الطلاق البائن اذا نوى ولا دخل لقبولها حتى اذا نوى الزوج الطلاق ولم تقبل المرأة يقع البائن وان قال لم ارد به الطلاق لا يقع ويصدق قضاء وديانة بخلاف قوله خالعتك فقالت قبلت يقع الطلاق والبراءة انتهى وباقى عبارة البزازية ان عليه مهرا وان لم يكن عليه مهر يجب رد ما ساق اليها من المهر لان المال مذكور عرفا شرنبلالية (قوله والمبارأة) أى الابراء من الجانبين فلا يبرأ بابرأك الله در عن البهنسى وفى شرح المنظومة فسر المبارأة والخلع بما اذا قالت المرأة بارئنى على كذا فقال بارأتك او قالت خالعنى على كذا وقال خالعتك او قال الزوج ذلك وقالت قبلت انتهى وفى البحر هى ان تقول للزوج برئت من نكاحك بكذا ولا يخفى وقوع الطلاق البائن فى هذه الصورة وقد صورها فى فتح القدير بان يقول بارأتك على ألف ولم يذكر وقوع الطلاق به وقد صرح بوقوع الطلاق بهذا اللفظ فى الخلاصة والبزازية لكن قال فى نهاية الطلاق فى الخلع والمبارأة شرط الصحة الا ان المشايخ لم يشترطوه فى الخلع لغلبة الاستعمال ولان الغالب كون الخلع بعد مذاكرة الطلاق فلو كانت المبارأة أيضا كذلك لا حاجة الى النية وان كان من الكنايات شرنبلالية واعلم ان ظاهر كلام البزازية يفيد ان الخلع يسقط المهر مطلقا سواء ذكر المال او لم يذكر وهو الظاهر أيضا من اطلاق كلام المصنف لكنه خلاف ظاهر الرواية برجندى عن الذخيرة ونصه اذا لم يذكر المال فى الخلع لا يسقط من المهر شئ فى ظاهر الرواية انتهى والطلاق على مال قيل انه مسقط للمهر كالخلع والمعتمد لا تنوير وشرحه عن البزازى وفى النهر عن الفصول اكثرهم على انه لا يوجب البراءة عن

وعندهما عليها الالف ان قبلا وان لم تقبل لا يقع الطلاق والعتاق وكذا اذا قالت المرأة لزوجها طلقنى ولك ألف درهم او خالعنى ولك ألف درهم فقبل ذلك وقع الطلاق ولم يجب المال عليها عنده وعندهما يجب عليها المال (وصح شرط الخيار لها) فى الخلع (لا له) فان خالعها على الف على انها بالخيار ثلاثة ايام فقبلت صح شرط الخيار فان ردت الخيار فى المدة بطل الخلع ولا يقع الطلاق وان اختارت فالطلاق واقع والمال لازم وقالا الخيار باطل والطلاق واقع فى الحال والمال لازم عليها وان خالعها على انه بالخيار ثلاثة ايام فقبلت بطل الخيار ووقع الطلاق بالاتفاق ولو قال لامرأته (طلقتك امس بالف فلم تقبلى فقالت قبلت صدق) الزوج والقول قوله (بخلاف البيع) فانه لو قال لغيره بعت منك هذا العبد بالف امس فلم تقبل فقال المشترى قبلت فالقول للمشترى (ويسقط الخلع والمبارأة) واحد لفظ بارأت شريكه أى ابرأ كل واحد منهما صاحبه ومنه قولهم المباراة وترك الهمزة خطأ كذا فى المغرب (كل حق لكل واحد) من الزوجين (على الآخر مما يتعلق

المهر وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى ثم نقل عن القاضى انه عندهما كالخلع والصحيح من الروايتين عن الامام كقولهما انتهى (قوله أى من الحقوق الواجبة بالنكاح) والمراد بحقوق النكاح المهر والمتعة فى التى لم يسم لها مهرا والنفقة الماضية المفروضة حموى عن البرجندى فان قلت كيف كانت المتعة كالمهر فى السقوط بالخلع أو المبارأة مع ان المتعة لم تكن واجبة قبل الخلع بل بعده فالقياس عدم سقوطها كنفقة العدة قلت ينبغى ان يحمل كلامه على ما اذا كان الخلع او المبارأة قبل الوطء لان المتعة حينئذ تجب لها عوضا عن المهر لانها فى صورة عدم التسمية لا تأخذ شيئا وابتغاء البضع لا ينفك عن المال كما يشير اليه ما قدمناه عند قول المصنف وتستحب المتعة لكل مطلقة الا المفوضة قبل الوطء معزيا للدرر فاذا كانت عوضا عن المهر فى هذه الصورة فانها تأخذ حكمه وهو السقوط بالخلع او المبارأة وتقييد النفقة بالمفروضة فى كلام البرجندى لا للاحتراز عن غير المفروضة بل ليعلم الحكم فيها وهو السقوط بالاولى وكذا الكسوة وفى الدر عن البزازية اختلعت على ان لا دعوى لكل على صاحبه ثم ادعى ان له كذا من القطن صح لاختصاص البراءة بحقوق النكاح انتهى (فرع) قال الولوالجى ولو بارأها على جعل وقبضت مهرها ولم تقبض دخل المهر فى المبارأة ولم يتراجعا يريد انه اذا قبضت المهر وبارأها قبل الدخول لا يرجع بكل المهر ولو خالعها لم يتراجعا فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف فى المبارأة لا يتراجعان وفى الخلع يتراجعان ولو طلقها على جعل تراجعا وقال محمد يتراجعان فى ذلك كله ولو شرط الزوج فى الخلع ان لا يكون عليه مؤنة السكنى فان كانا يسكنان فى بيت واحد صح ويجب عليها الاجر فرق بين هذا وبين ما اذا ابرأت زوجها من النفقة قبل ان تصير دينا فى الذمة حيث لا يصح لان الابراء اذا شرط فى الخلع كان ابراء بعوض فيكون استيفاء لما وقعت البراءة عنه لان العوض قائم مقامه والاستيفاء قبل الوجوب جائز فانها اذا اخذت نفقة شهر جملة جاز اما فى غير الخلع والابراء انما جعل بغير عوض فيكون اسقاطا واسقاط النفقة قبل ان تصير دينا لا يصح حموى عن شرح ابن الشلبى (قوله ومؤنة السكنى) يعنى الا اذا ابرأته عنها بخلاف ما لو ابرأته عن السكنى حيث لا يصح لان خروجها معصية عينى ولو ابرأته عن مؤونة السكنى بأن التزمتها او سكنت ملكها صح مشروطا فى العقد لانه خالص حقها فيفرق بين السكنى ومؤنتها فمؤنة السكنى تسقط بالتنصيص عليها بخلاف السكنى حيث لا تسقط ولو بالتنصيص در (قوله ونفقة الولد) الا اذا شرط البراءة منها ووقتا وقتا كالسنة فانه يصح ويلزم والا فلا بحر وفيه عن الملتقى وغيره لو كان الولد رضيعا صح وان لم يوقتا وترضعه حولين بخلاف الفطيم ولو تزوجها وهربت او ماتت أو مات الولد رجع ببقية نفقة الولد والعدة الا اذا شرطت براءتها ولها مطالبته بكسوة الصبى الا اذا اختلعت عليها أيضا ولو فطيما فيصح ولو خالعته على نفقة ولده شهرا مثلا وهى معسرة فطالبته بالنفقة يجبر عليها وعليه الاعتماد فتح وفيه لو اختلعت على ان تمسكه الى البلوغ صح فى الانثى لا الغلام ولو تزوجت فللزوج أخذ الولد وان اتفقا على تركه لانه حق الولد وينظر الى مثل تلك المدة فيرجع به عليها تنوير وشرحه وقوله بخلاف الفطيم أى لا بد من توقيت البراءة من نفقته لتصح عوضا للخلع والحيلة فى براءتها مع موت الولدان تقول فان مات الولد قبل المدة فلا رجوع لك على وقياسه انها لو شرطت براءتها اذا نشزت ان يصح الشرط نهر يعنى اذا استعجلت الزوجة نفقة شهر مثلا ثم نشزت قبل مضى الشهر فانه يرجع عليها بنفقة المدة التى نشزت فيها الا ان تكون اشترطت براءتها (قوله حتى لو خالعها الخ) لا فرق بين خلعتك وخالعتك اذا ذكر العوض اما اذا لم يذكر فبينهما فرق من وجهين الاول ان خلعتك لا يتوقف على القبول بخلاف خالعتك الثانى لا براءة فى الاول بخلاف الثانى (قوله بمال معلوم) قيد به لانه لو كان مجهولا جهالة غير مستدركة كثوب بطلت التسمية وردت ما قبضته من المهر وكذا لو قالت على ما فى هذا البيت وليس فيه شئ او على ما يثمر نخلى العام بخلاف ما لو كانت مستدركة كثوب هروى نهر (قوله وقال محمد لا يسقط فيهما الا ما سمياه) فقط لانه عقد معاوضة فوجب الاقتصار على المسمى كسائر المعاوضات زيلعى ولها المهر على الزوج

بالنكاح) أى من الحقوق الواجبة بالنكاح الثابتة عند الخلع فلا تسقط نفقة العدة ومؤنة السكنى ونفقة الولد ودين واجب عليه بسبب آخر ومهر كان لها عليه فى نكاح سابق والجواب فى الدين ظاهر الرواية (حتى لو خالعها أو بارأها بمال معلوم كان للزوج ما سمت له ولم يبق لاحدهما قبل صاحبه دعوى) وهو اسم للادعاء والفها للتأنيث فلا تنون وجمعها دعاوى بالفتح كفتوى وفتاوى كذا فى المغرب (فى المهر مقبوضا كان او غير مقبوض قبل الدخول بها او بعده) وقال محمد لا يسقط فيهما

وله الرجوع عليها بنصف ما قبضت قبل الدخول ولا تسقط نفقة العـدة الا بالتسمية عينى لكن لو أبدل
قوله ولا تسقط بقوله ولهذا لا تسقط نفقة العدة لكان اولى ليكون استشهادا من محمد على ان الخلع والمبارأة
لا يسقطان الا ما سمياه فقط كما هو صنيع الزيلعى ولان عـدم سقوط نفقة العدة متفق عليه لا انه مذهب
محمد فقط كما يوهمه كلامه (قوله الا ما سمياه) فيه تصريح بان التسمية كما تكون من الزوجة تكون
من الزوج حموى (قوله وايهما كان له قبل صاحبه شئ الخ) كيف يتصور ان يكون على الزوجة شئ
من المهر للزوج حتى ترده عليه حموى وأجاب شيخنا بانه يتصور فيما لو قبضت الف المهر ووهبته له فخالعها
قبل الدخول فقد وجب له على زوجتـه نصف المهر لان ما قبضه منها بحكم الهبة غير ما وجب له عليها
لان الدراهم لا تتعين فى العقود والفسوخ فاذا لم يسمياه ردته عليه على قول محمد انتهى (قوله وان خلع
الولى صغيرته) المراد بالولى هو الاب كما يعلم من كلامهم قال فى النهر قيد بالاب لان الام لو وقع الخلع بينها
وبين زوج الصغيرة فان اضافت البدل الى مال نفسها او قبلت تم الخلع كالاجنبى وان لم تضف ولم تضمن
لا رواية فيه والصحيح أنه لا يقع الطلاق بخلاف الاب كذا فى البزازية وبالصغيرة لان الكبيرة لا يلزمها
المال بالاولى الا اذا قبلت وهـذا دليل على ان الطلاق واقع وقيل لا يقع هنـا الا باجازتها وان لم تجز فان
ضمنه الاب لزمه والا لا قاله البزازى والصغير لا يصح خلع الاب عليه ولا يقع طلاقه الخ (قوله لم يجز الخلع
عليها) هذا اللفظ وان احتمل عدم وقوع الطلاق بسؤال الاب لكنه يتعين ان يراد به لزوم المال لانه لا نظر
لما فيه مع وقوع الطلاق لانه الاصح نهر فان قلت لا حاجة الى قوله هذا اللفظ وان احتمل عدم وقوع
الطلاق الخ لما سـيأتى من قوله وطلقت قلت قوله وطلقت لا وجود له فى المتن الذى شرح عليه فى النهر
واعلم ان كلامه على حذف مضاف فتقدير قوله لكن يتعين أن يراد به لزوم المال أى عدم لزوم المال
كما لا يخفى ثم ان كان الطلاق بلفظه وقع رجعيا وان بلفظ الخلع وقع بائنا فلو بلغت وأجازت ما فعله الاب
جاز كذا فى الفتح هذا اذا قبـل الاب فان قبلت هى وهى تعقـل ان النـكاح جالب والخلع سالب وقع
اتفاقا نهر (قوله فلا يسـقط المهر) وقد ذكروا لسقوط المهر والمتعة عن الزوج فى الصغيرة حيلا منها
ان يحعل بدل الخلع على اجنبى بقدر المهر ثم يحيل به الزوج من له ولاية قبض ذلك منه نهر واعلم ان عدم
سقوط مهرها فيما اذا خلع الاب صغيرته على مهرها مقيد بما اذا لم يعلم الاب ان الخلع خير لها أما اذا علم
ذلك بأن كانت لا تحسـن العشرة مع الزوج فخلعها على صداقها يسقط الصـداق عن الزوج وان قضى
القاضى بذلك نفذ قضاؤه لانه قضاء فى موضع الاجتهاد مفتاح عن الخانية (قوله ولكن طلقت) بائنـا
أو رجعيا على ما سبق من التفصيل وفى البحر عن جامع الفصولين طلق الصبيـة بمـال يقع رجعيا وفى
الامة يصير بائنا اذا الطلاق بمال يصح فى الامة لكنه مؤجل وفى الصبية يقع بلا مال انتهى (قوله الا اذا
قبلت) فى البحر عن الشارح لو ذكر الزوج البدل عليها توقف على قبولها ان كانت أهلا فان قبلت وقع اتفاقا
ولا يلزم المال وان قبل الاب عنها صح فى رواية لانه نفع محض لانها تتخلص بلا مال ولا يصح فى أخرى لان
قبولها فى معنى شرط اليمين وهو لا يحتمل النيابة وهذا هو الاصح انتهى وفيه عن جوامع الفقه طلقها بمهرها
وهـى صغيرة عاقلة فبلغت وقعت طلقة ولا يبرأ وان قبـل أبوها أو أجنبى وروى هشام عن محمد انه يقع
وروى الهندوانى عن محمد انه لا يقع فلو بلغت واجازت جاز (قوله طلقت والالف واجب عليه) لان
اشتراط بدل الخلع على الاجنبى صحيح فعلى الاب أولى وكذلك لو خلعها على مهرها عـلى انه ضامن له صح
ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل فى ولاية الاب فاذا بلغت تأخذ نصف الصداق قبل الدخول وكله
ان كان بعـده من الزوج ويرجع هو على الاب الضامن أو ترجـع على الاب ولا يرجـع هو عـلى الزوج
نهر (قوله ولم يرد بهذا الضمـان الكفالة عن الصغيرة) لان المـال لا يلزمها (فـرع) خلع المريضة
يعتبر من الثلث لكونه تبرعا لان البضع غير متقوم حالة الخروج در رحتى يكون له الاقل من ميراثهـا
ومن بدل الخلع اذا كان يخرج من الثلث وان لم يخرج كان له الاقل من الارث ومن الثلث اذا ماتت وهى

فى

الا ما سمياه وايهما كان له قبل صاحبه شئ من المهر رده عليه وأبو يوسف معه فى الخلع ومع أبى حنيفة فى المبارأة فى انه لا شئ لاحدهما على صاحبه (وان خلع) الولى (صغيرته) مع زوجها (بمالها لم يجز) الخلع (عليها) فلا يسـقط المهر ولا يستحق الزوج ما عين الولى من مال الصغيرة (و) لكن (طلقت) وهو الصحيح وفى رواية لا يقع الطلاق الا اذا قبلت الصغيرة (ولو) خلع الولى صغيرته (بالف على انه) أى الولى (ضامن طلقت والالف) واجب (عليه) ولم يرد بهذا الضمان الكفالة عن الصغيرة ولكن المراد بالضمان هنا التزام المال ابتداء لا بجهة الكفالة والله أعلم

فى العدة ولو بعد انقضائهـا أو كانت غير مدخول بها كان له بدل الخلع اذا كان يخرج من الثلث ولو زادته
فى البدل بعد تمامه فالزيادة غير صحيحة كما فى الخانية وفى المجتبى لو تخالعا ولم يذكرا مالا لا يصح الخلع فى رواية
عن محمد والاصح انه يصح اه يعنى ويسقط المهر على ما مر نهر وهو بحسب الظاهر مخالف لما فى التنوير
وشرحه حيث قال قال الزوج خالعتك فقبلت المرأة ولم يذكرا مالا طلقت وبرئ عن المهر المؤجل لو كان
عليه والا ردت عليه ما ساق اليهـا من المهر لما مر انه معاوضة فيعتبر بقدر الامكان انتهى لاقتضائه ان
السقوط قاصر على خصوص المؤجل اللهم الا ان يحمل المهر فى كلام النهر على خصوص المؤجل فتزول
المخالفة (تتمـــة) اختلعت المـكاتبة لزمها المـال بعد العتق لانه تبرع سواء كان باذن المولى أو بغير
اذنه لانها محجورة عن التبرعات ولو اختلعت الامة أو أم الولد باذن المولى لزمها للحـال واذا خلع الامة
مولاها من زوجهـا الحر على رقبتهـا صح الخلع بغير شئ ولو كان الزوج مكاتبا أو عبدا أو مدبرا جاز
الخلع وصارت أمة للسيد والفرق انها تصير مملوكة للولى فلا ينفسخ النـكاح وفى الحر لو صارت مملوكة له
بطل النكاح فيبطل الخلع كذا فى الاختيار وقوله وصارت أمة للسيد أى لسيد الزوج لكن ينظر وجه
الفرق بين المـكاتبة حيث لا يلزمها البـدل للحال بل بعـد العتق وان كان باذن المولى بخلاف الامة وأم
الولد حيث لزمهما للحـال اذا كان باذن المولى

(باب الظهار)

هو لغة مقابلة الظهر بالظهر فان الشخصين اذا كان بينهما عداوة يجعل كل منهما ظهره الى ظهر الآخر
درر وشرعا ما سيذكره المصنف يقال ظاهر من امرأته قال لها أنت على كظهر أمى وعدى بمن مع انه متعد
بنفسه لتضمنه معنى التبعيد نهر (قوله الظهار أيضا بناء على النشوز) أى يكون سببه النشوز من قبـل
الزوجة فحينئذ يناسب باب الخلع حموى وقدم الخلع لانه اكمل فى التحريم اذ هو تحريم بقطع النكاح وهذا
مع بقائه نهر وفى المفتاح لما كان طلاقا فى الجاهليـة وقرر الشرع أصله ونقـل حكمه الى تحريم موقت
بالـكفارة ناسب أن يذكر فى أبواب الطلاق انتهى (قوله وهو فى الشرع تشبيه المنكوحة) من اضافة
المصدر لمفعوله أى تشبيه الزوج منكوحته نهر أى الزوج المسلم العـاقل ولو حكما البالغ فلا يصح ظهار
الذمى والمجنون والمعتوه والمدهوش والمبرسم والمغمى عليه والنـائم والصبى أما السكران فيصح ظهـاره
وكذا المـكره والمخطئ والاخرس باشارته المفهومة ولو بكتابة النـاطق المستبينة نهر وركنه قوله انت عـلى
كظهر أمى أو ما يقوم مقامه وحكمه حرمة الوطء والدواعى الى وجود الـكفارة زيلعى وأطلق فى المنكوحة
فعم ما لو كانت كتابية أو صغيرة أو مجنونة درر مدخولا بها أو لا ولو رتقاء فلا يصح الظهار من الامة والمـدبرة
وام الولد وولد أم الولد والمـكاتبة والمستسعاة ولا من الاجنبية الا اذا اضافه الى سبب الملك كان تزوجتك
فأنت على كظهر أمى ولا من المبانة بواحدة أو ثلاث نهر وكلامه يشير الى صحة الظهار من المنـكوحة ولو
أمة أو معتدة من رجعى (فـــرع) قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت عـلى كظهر أمى ثم طلقها
فبانت منه ثم دخلت الدار وهى فى العدة لم يقع عليهـا الظهار لان المعلق بالشرط كالمنجز ولو نجز الظهار
فى هذه الحالة لا يصح حموى عن فتاوى الولوالجى واسمه اسحاق نهر وفى اضافة الظهار الى المنكوحة اشعار
بانها لو قالت لزوجها أنت على كظهر أمى لا تـكون مظاهرة لكن عليها كفارة يمين عند ابى يوسف وقال
الحسن يجب عليها كفارة ظهار حموى عن المضمرات والذى فى الشرنبلالية عن النهر معزيا الى الجوهرة
قال وعليه الفتوى قالت لزوجها أنت على كظهر أمى أو أنا عليك كظهر أمك لا يكون ظهارا ولا يمينا أيضا
وهو الصحيح انتهى (قوله بمحرمة) أى بأنثى محرمة عليه فخرج ما لو شبهها بظهر أبيه أو ابنه كما فى البدائع
وما فى البحر من انه لو قال بمحرم ليتناول الذكر والانثى لكان أولى لما فى المحيط لو شبهها بفرج أبيه أو ابنه

(باب الظهار) مأخوذ من الظهر (وهو) فى الشرع (تشبيه المنكوحة بمحرمة عليه) أى على المظاهر مطلقا سواء كانت المحرمة بنسب أو رضاع

يكون مظاهرا رده فى النهر لكن يرد على المصنف ما فى الخانية أنت على كالدم والخنزير والغيبة والنميمة والزنا والربا والرشوة وقتل المسلم فالصحيح انه ان نوى طلاقا أو ظهارا فكما نوى وان لم ينو شيئا كان ايلاء نهر ودر لكن قال السيد الحموى وفى الورود نظر فتأمله انتهى وأقول وجه التنظير فى الورود ما نقله فى النهر عن البدائع ان من شرائط الظهار التى ترجع الى المظاهر به ان يكون من جنس النساء حتى لو قال لها أنت على كظهر ابى أو ابنى لا يصح الظهار لانه انما عرف بالشرع والشرع انما ورد به فيما اذا كان المظاهر به امرأة اه وحينئذ فعلى ما ذكره فى البدائع اذا قال أنت على كالدم والخنزير الخ ما سبق عن الخانية لا يكون مظاهرا مطلقا وان نوى الظهار خلافا لما صححه فى الخانية فلا يكون هذا حينئذ واردا على المصنف (قوله أو مصاهرة) أراد بالمصاهرة خصوص ما اذا كان سببها مباحا بدليل التفريع الذى ذكره الشارح (قوله حتى لو قال أنت على كظهر فلانة وهى أم المزنى بها وابنة المزنى بها لا يكون مظاهرا) قلت فلهذا زاد فى النهاية فى التعريف لفظ اتفاقا بعد قوله بحرمة حموى وما فى الدراية زنى أبوه بامرأة او ابنه فشبهها بامها أو ابنتها يصير مظاهرا عند أبى يوسف ولا ينفذ حكم الحاكم بحلها وعند محمد لا يصير مظاهرا وينفذ حكم الحاكم استشكله الكمال بأن غاية أم مزينة الاب والابن أن تكون كام زوجة الاب والابن ولا تحرم أم زوجة الاب على الابن ولا أم زوجة الابن على الاب واجاب فى النهر بأن الضمير فى شبهها يرجع للزانى المستفاد من زنى وعليه فلا اشكال وبه يستغنى عما ادعى فى البحر من ان التعبير بكون ما فى الدراية غلطا أو سبق قلم أولى من كونه مشكلا (قوله كذا فى شرح الطحاوى) كذا فى النهاية لكن هذا قول محمد وقال أبو يوسف يكون مظاهرا قيل وهو قول الامام قال القاضى والامام ظهير الدين وهو الصحيح لكن رجح العمادى قول محمد والخلاف مبنى على نفاذ حكم الحاكم لو قضى بحلها عند محمد وقال ابو يوسف لا ينفذ قال فى الفتح فظهر ان مبنى ثبوت الخلاف فى الظهار وعدمه ليس كون الحرمة المؤبدة مجمعا عليها أولا بل كونها يسوغ فيها الاجتهاد أولا وعدم تسويغ الاجتهاد لعدم وجود الاجماع أو النص الغير المحتمل للتاويل من غير معارضة نص آخر فى نظر المجتهد اه على انك قد علمت ترجيح قول أبى يوسف فلا حاجة الى ما زيد نهر (قوله على التأبيد) المراد تأبد الحرمة باعتبار وصف لا يمكن زواله لا باعتبار وصف يمكن زواله فان المجوسية محرمة على التأبيد ومع هذا لو قال أنت على كظهر مجوسية لا يكون مظاهرا وعلله فى الفتح بأن التأبيد باعتبار دوام الوصف وهو غير لازم لجواز اسلامها بخلاف الامية والاختية يعنى فانهما وصفان لا يمكن زوالهما وتعقبه فى البحر بأن التحقيق ان حرمة المجوسية ليست بمؤبدة وفيه كلام يعلم بمراجعة النهر وفى الشرنبلالية عن الخانية لا يكون مظاهرا فى تشبيهها بام أو بنت من مسها أو نظر الى فرجها بشهوة فى قول أبى حنيفة قال ولا يشبه هذا الوطء انتهى فقوله ولا يشبه هذا الوطء صريح فى انه يكون مظاهرا اذا شبهها بام أو بنت المزنى بها فى قول أبى حنيفة وتقدم انه الصحيح وانه قول أبى يوسف أيضا (قوله كاخت امرأته) وعمتها وخالتها وابنة أختها أو أمتعة الغير وأمواله (قوله حرم الوطء ودواعيه) لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الى ان قال فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا نزلت فى خولة بنت مالك بن ثعلبة امرأة أوس بن الصامت رآها وهى تصلى وكانت حسناء فلما سلمت راودها فأبت فغضب فظاهر منها فأتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت ان أوسا تزوجنى وأنا شابة مرغوب فىّ ولما خلا سنى ونثر بطنى جعلنى كامه وروى انها قالت له عليه السلام ان لى منه صبية ان ضممتهم اليه ضاعوا وان ضممتهم الى جاعوا فقال عليه السلام ما عندى فى أمرك من شئ وروى انه عليه السلام قال لها حرمت عليه فهتفت وشكت الى الله تعالى فنزلت الآية زيلعى (قوله وهى اللمس الخ) قال فى البحر والدواعى المباشرة والتقبيل واللمس عن شهوة والنظر الى فرجها بشهوة كما فى البدائع ولا يدخل فيها النظر اليها بشهوة وفى التتارخانية ولا يحرم النظر الى ظهرها وبطنها ولا الى الشعر والصدر انتهى كالجارية قبل الاستبراء شرنبلالية واعلم ان الدواعى حرام فى الظهار والاحرام

والاعتكاف

والاعتكاف والاستبراء حلال فى الحيض والصيام والفرق فى الزيلعى (قوله والتقبيل) وعند محمد لو قدم من سفره له تقبيلها للشفقة در (قوله ونحوهما) يريد به النظر الى فرجها بشهوة (قوله كظهر أمى) أو أمك او حذف على نهر وسواء وجدت منه النية أو لم توجد لانه صريح فى الظهار غاية ولا بد من اداة التشبيه اذ لو تجرد الكلام عنها فقال أنت أمى لا يكون مظاهرا و يكره لقربه من التشبيه شرنبلالية وفى النهر صرحوا بكراهة قوله لزوجته يا أختى أو يا بنتى (قوله حتى يكفر) أفاد بالغاية انه لو طلقها ثلاثا ثم عادت اليه تعود بالظهار وكذ لو كانت أمة فاشتراها او انفسخ العقد أو كانت حرة فلحقت بعد ردتها بدار الحرب وسبيت ثم اشتراها لا تحل له ما لم يكفر ولو ولها ان تطالبه بالوطء وعلى القاضى اجباره على التكفير حيث أبى بالحبس فان تمرد ضربه الى ان يكفر زاد فى التتارخانية او يطلق فان قال كفرت صدق ما لم يعرف بالكذب هذا اذا اطلقه أما اذا قيده بوقت كشهر أو سنة سقط الظهار بمضى ذلك الوقت كذا فى النهاية ولو علقه بمشيئة الله تعالى بطل ولو بمشيئة فلان أو مشيئتها كان على المشيئة فى المجلس نهر عن الخانية وأقول لا فائدة للاجبار على التكفير الا الوطء والوطء لا يقضى به عليه الا مرة واحدة فى العمر كما فى القسم ولهذا والوصار عندنا بعد ما وطئها مرة لا يؤجل واشتراط الاول لتكميل الصداق لاحتمال أن يرفع الى من لا يرى التكميل بالخلوة حموى عن الغاية قال وفرض المسئلة فيما اذا لم يطأها قبل الظهار أبدا بعيد وقد يقال فائدة الاجبار على التكفير رفع المعصية قال الشلبى ولا يجبر على شئ من الكفارات الا كفارة الظهار ووجه عدم الجبر فيها انها عبادة (قوله وقال الشافعى الدواعى ليست بحرام) لان التماس أريد به الوطء وهو مجاز فيه فلا يراد به الحقيقة ونحن نقول التماس حقيقة اللمس باليد فيحمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز أو نقول انه يتناول المجاز لفظا ويلحق غيره بالقياس احتياطا فى موضع الحرمة وبمثله لا يمتنع الجمع زيلعى يعنى بين الحقيقة والمجاز (قوله ولا شئ عليه غير الكفارة) لقوله عليه السلام للظاهر المواقع استغفر الله ولا تعد حتى تكفر غاية واعلم انه اذا وطئها قبل التكفير ثم استغفر لا يعاودها حتى يكفر وذكر البيضاوى فى الانوار عن أصحاب أبى حنيفة اذا كان التكفير بالاطعام يحل له أن يجامعها قبل التكفير ولم يوجد فيما اشتهر من كتب الحنفية حموى عن البرجندى قال واعلم انهم اختلفوا فى سقوط الكفارة لو مات بعد مدة قبل التكفير والاصح السقوط (قوله وعوده عزمه على وطئها) أى استباحة وطئها لا العزم على نفس الوطء لانهم قالوا المراد فى الآية ثم يعودون لنقض ما قالوا ورفعه وهو انما يكون باستباحتها بعد تحريمها لكونه ضد الحرمة ولقد أبعد من قال ان المراد تكرار الظهار لانه لو كان كذلك لقال تعالى ثم يعيدون ما قالوا من الاعادة لا من العود بحر وذكر البيضاوى فى الانوار ان العود عند أبى حنيفة استباحتها ولو بنظرة بشهوة حموى عن البرجندى ثم سبب وجوب الكفارة هو الظهار والعود وعليه العامة كما فى البدائع لان الكفارة دائرة بين العقوبة والعبادة فيكون سببها دائرا أيضا بين الحظر والاباحة حتى تتعلق العقوبة بالمحظور وهو الظهار والعبادة بالمباح وهو العزم على وطئها لانه نقض للمنكر وقيل الظهار سبب والعود شرط وقيل عكسه واليه يشير كلام الشارح وقيل هما شرطان والسبب أمر ثالث وهو كون الكفارة طريقا معينا لايفاء حقها وكونه قادرا على ايفائه وقيل كل منهما شرط وسبب قال فى البحر ولم يظهر لى ثمرة الاختلاف بين الاقوال لاتفاقهم على جواز التكفير بعد الظهار قبل العزم وعلى انه لو عزم ثم ترك فلا اثم وعلى عدم الكفارة لو أبانها بعده و بعد العزم (قوله أى العود الذى تجب به الكفارة) يشير الى ان العود هو السبب ويرد عليه ان الحكم يتكرر بتكرر سببه لا شرطه والكفارة تتكرر بتكرر الظهار لا العزم وعلى من جعله الظهار فقط ان السبب ما دار بين محظور ومباح وهو محظور فقط فلا يصلح للسببية قال فى البحر وسنجيب عنه فى الكفارة (قوله عزمه على وطئها) عزما مؤكدا حتى لو عزم ثم بدا له ان لا يطأها لا كفارة عليه لعدم العزم المؤكد لا انها وجبت بنفس العزم ثم سقطت كما قال بعضهم لان الكفارة بعد سقوطها لا تعود الا بسبب جديد بحر عن البدائع وفيه تأمل واعل

أو مصاهرة حتى لو قال أنت على كظهر فلانة وهى أم المزنى بها وابنة المزنى بها لا يكون مظاهرا لان من الفقهاء من لا يقول ان الحرام لا يحرم حلالا كذا فى شرح الطحاوى (على التأبيد) أى حرمة كائنة على التأبيد وهو احتراز عن المحرمة لا على التأبيد كاخت امرأته (حرم الوطء ودواعيه) وهى اللمس

والتقبيل ونحوهما (أنت على كظهر أمى حتى يكفر) (وقال الشافعى الدواعى ليست بحرام) (فلو وطئ) المظاهر (قبله استغفر ربه فقط) ولا شئ عليه غير الكفارة (وعوده) اى العود الذى تجب به الكفارة أى استقر به وجوبها (عزمه على وطئها)

الصواب حذف قوله الا بسبب جديد وابدال قوله لان الكفارة بعد سقوطها لا تعود بقوله لان الكفارة بعد وجوبها لا تسقط كما هو ظاهر (قوله وعند الشافعى السكوت عن الطلاق الخ) لان موجب هذا التشبيه ان لا يمسكها نكاحا فاذا أمسكها فقد نقض ظهارها قلنا ان موجب الظهار امتناعه عن وطئها ونقضه والعزم عليه فمعنى قوله ثم يعودون لما قالوا اى لتحليل ما حرموا على حذف المضاف والحاصل ان جعل السكوت عن الطلاق عقب الظهار عودا له فاسد من وجهين أحدهما ان الظهار لم يوجب تحريم العقد حتى يكون العود امساكها والثانى ان ثم للتراخى وفيما قاله تركه لانه يتصل به سكوته عن طلاقها وهذا بعد لا يفهم من لفظ النص أصلا زيلعى (قوله وبطنها الخ) لان هذه الاشياء يحرم عليه النظر اليها ولمسها عينى (قوله أى اذا قال أنت على كبطن أمى وفخذها الخ) فى هذا الحل تغيير لاعراب المتن عن الرفع الى الجر وكان الاولى تأخير قوله أى اذا قال أنت على الخ عن قول المصنف وفخذها وفرجها (قوله فهو مظاهر) لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق فى هذه الاعضاء زيلعى (قوله وأخته الخ) لو حذف هذه الجملة لكان اولى لان حرمتهن المؤبدة معلومة من الرضاع المتقدم نهر والتقييد بأخته وعمته الخ للاحتراز عما لو شبهها بأختها او عمتها او خالتها لان حرمتهن ليست على التأبيد وانما تحرم عليه مادامت هى فى عصمته لاجل الجمع فاذا طلقها وماتت حلت له لعدم الجمع زيلعى (قوله رضاعا) قيد فى الكل نهر (قوله ورأسك الخ) لان هذه الاعضاء يعبر بها عن الجميع عينى (قوله كانت) خبر لقوله رأسك وما عطف عليه حموى عن المفتاح (قوله وان نوى بأنت الخ) شروع فى كناياته التى تتوقف على النية وكذا لو حذف على كما فى الخانية نهر (قوله او طلاقا) واذا نوى الطلاق كان بائنا لانه تشبيه بالام فى الحرمة شيخنا (قوله فكما نوى) لان اللفظ يحتمل كلا منها فاترجح بالنية تعين درر وفى كلام المصنف ايماء الى ان التصريح ما كان فيه ذكر العضو نهر (قوله وان لم ينو شيئا لغا) لانه مجمل فى حق التشبيه فالم يتبين مراد مخصوص لا يحكم بشئ نهر عن الفتح وفى الشارح لما كانت كاف التشبيه لا عموم لها تعين الادنى يعنى الكرامة قال فى النهر وعلى هذا فمعنى كونه لغوا يعنى فى حق الظهار والطلاق (قوله وقال محمد يكون ظهارا) لانه شبهها بجميعها فيدخل العضو فى الجملة وعن أبى يوسف مثله اذا كان فى حالة الغضب وعنه انه يكون ايلاء لان أمه محرمة عليه بالنص فيحمل عليه لان الحرام يثبت بالنص وان نوى به التحريم لا غير فعند أبى يوسف يكون ايلاء ليكون الثابت به أدنى الحرمات لان سبب الايلاء وحكمه اخف ويمكن رفعه بالوطء ولا يبقى حكمه بعد زوج آخر ولا يثبت للحال ولا يجبره القاضى اذا امتنع بخلاف الظهار وعند محمد يكون ظهارا لان كاف التشبيه تختص به وقال قاضيخان فى شرح الجامع الصغير اذا نوى التحريم ذكر فى بعض النسخ انه ايلاء عند أبى حنيفة وأبى يوسف والاصح انه يكون ظهارا عند الكل لان التحريم المؤكد بالتشبيه ظهار ولو قال أنت على كأمى فهو مثل قوله أنت على مثل أمى فى جميع ما ذكرنا زيلعى (قوله أى ان نوى بقوله أنت على حرام كأمى ظهارا أو طلاقا فكما نوى) لان قوله أنت على حرام من الكنايات فيكون طلاقا بالنية وقوله كأمى لتأكيد تلك الحرمة فلا يخرج به من ان يكون طلاقا وان نوى به الظهار فظهار لانه شبهها فى الحرمة بأمه ولو شبهها بظهرها كان ظهارا فبكلها اولى وانتفى احتمال البر والكرامة هنا التصريح بالحرمة زيلعى (قوله وان لم يكن له نية فظهار) لانه لفظ محتمل فثبت به الادنى والحرمة بالظهار دون الحرمة بالطلاق لان الحرمة بالظهار لا تزيل الملك والحرمة بالطلاق تزيله زيلعى (قوله وعند أبى يوسف ايلاء) وجهه مامر (قوله فظهار عند أبى حنيفة) لان ذكر الظهر يرجح جانب الظهار درر فلا تعمل فيه النية زيلعى وعرف منه انه يكون ظهارا فيما اذا لم ينو شيئا بالاولى نهر (قوله وعندهما ان نوى الظهار الخ) وان نوى ايلاء فايلاء لان كلا منهما يحتمل كلامه ثم عند محمد ان نوى الطلاق لا يكون ظهارا لانه لما وقع الطلاق بقوله أنت على حرام بانت ولا يصير مظاهرا بقوله بعد ذلك كظهر أمى لان الظهار من المبانة لا يصح وقال ابو يوسف يكونان معا الظهار بلفظه والطلاق بنيته

وعند الشافعى السكوت عن الطلاق عقب الظهار عود له (وبطنها) اى اذا قال أنت على كبطن أمى (وفخذها وفرجها) فهو مظاهر كما اذا قال انت على كظهرها) ولو قال كيدها او رجلها او عقبها لم يكن مظاهرا (وأخته وعمته وامه رضاعا كامه ورأسك) أى اذا قال رأسك على كظهر أمى (وفرجك ووجهك ورقبتك ونصفك وثلثك كانت) على كظهر أمى فيكون مظاهرا (وان نوى بأنت على مثل أمى برا) وكرامه منصوب على انه مفعول نوى (او ظهارا او طلاقا فكما نوى والا) أى وان لم ينو شيئا (لغا) وقال محمد يكون مظاهرا (وبانت) أى ان نوى بقوله أنت (على حرام كأمى ظهارا او طلاقا فكما نوى) وان لم يكن له نية فظهار وعند أبى يوسف ايلاء (وبانت) أى ان نوى بأنت (على حرام كظهر أمى طلاقا او ايلاء فظهار) عند أبى حنيفة ولم يكن له نية وعندهما ان نوى الظهار او لم يكن له نية فظهار وان نوى الطلاق فطلاق

زيلعى (قوله ولا ظهار الا من زوجته) حرة كانت او مملوكة مسلمة او كتابية حموى عن الجوهرة (قوله حتى لو ظاهر من امته الخ) لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الآية ولفظ النساء يتناول المنكوحات اذ لفظ النساء مضافا الى الازواج لا يتناول الاماء ولان الحل ليس بمقصود فى الامة وانما المقصود الاستخدام حتى يثبت ملك اليمين فيمن لا يحل له وطؤها فلا تكون مقصودة بالتحريم اذ الحل فيها تبع لملك اليمين لا مقصود ولهذا لو اشترى أمة فوجدها ممن لا يحل له وطؤها برضاع او غيره ليس له ردها على البائع وفى المنكوحة اصل فيمتنع الالحاق زيلعى (قوله خلافا لمالك) والنص حجة عليه ولان الظهار كان طلاقا فى الجاهلية فنقل الشرع حكمه الى تحريم موقت بالكفارة والامة ليست بمحل للطلاق فلا تكون محلا للظهار عينى (قوله بطل الظهار) لانه صادق بالتشبيه فى ذلك الوقت وانما لم يتوقف على الاجازة كالنكاح لانه ليس من حقوقه وتوقف عتق المشترى من الفضولى لانه من حقوق الملك على معنى انه يثبت له بالملك حق أن يعتق ان شاء ولا يثبت بملك النكاح ذلك بل هو منهى عنه وان كان لو قاله نفذ حكمه وبهذا عرف الجواب عن كون الطلاق ليس من حقوقه أيضا ولهذا صرحوا بأنه لو طلقها ثلاثا فى الموقوف لا تحرم اذ هو محظور فى الجملة نهر (قوله فيكون مظاهرا منهن) لانه أضاف الظهار اليهن فصار كما اذا أضاف اليهن الطلاق درر ولو كرر الظهار من واحدة فى مجلس أو مجالس تكررت الكفارة عليه الا اذا نوى التأكيد بالثانى فيصدق قضاء كذا اطلقه فى النهر والحموى لكن قيده فى الشرنبلالية بما اذا قال ذلك فى مجلس لا مجالس ثم ظهر لى ان ما فى الشرنبلالية ومتن التنوير من تقييد المسئلة بما اذا كان بمجلس هو المعتمد كما فى الدر وحينئذ فما فى النهر مما يقتضى تصديقه مطلقا ولو فى مجلس خلاف المعتمد والله أعلم (قوله وكفر لكل) قيد بالظهار لانه لو آلى منهن كان عليه كفارة واحدة والفرق انها فى الظهار رفع الحرمة وهى متعددة بتعددهن وفى الايلاء لهتك حرمة اسم الله تعالى وهو الواحد ولو علقه بنكاحها بان قال ان تزوجتك فأنت على كظهر أمى مائة مرة كان عليه بكل مرة كفارة نهر عن التتارخانية (قوله وقال مالك يكفيه كفارة واحدة) اذا ظاهر منهن بكلمة واحدة كما لو قال لهن والله لا اقربكن ثم قربهن لم يلزمه الا كفارة واحدة ولنا ان الكفارة لانهاء الحرمة وهى تثبت فى حق كل واحدة منهن فتتعدد الكفارة بتعددها بخلاف الايلاء لان الكفارة تجب فيه لهتك حرمة اسم الله تعالى زيلعى ومنه تعلم ما فى كلام الشارح وقد يجاب عن الشارح بأنه انما ترك التقييد اتكالا على ما استفيد من قول المصنف أنتن على كظهر أمى

*(فصل) فى الكفارة (قوله وهى أى الكفارة الخ) أى شرعا وفى اللغة من كفر الله عنه الذنب محاه والمراد بها هنا التكفير نهر (قوله تحرير رقبة) أى قبل الوطء قال فى الهداية كفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا للنص الوارد فيه فانه يفيد الكفارة على هذا الترتيب كل ذلك قبل المسيس وهذا فى الاعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه وكذا فى الاطعام لان الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطء ليكون الوطء حلالا انتهى والرقبة فى الاصل مؤخر العنق سمى بها المملوك تسمية للكل باسم الجزء واطلاق الرقبة يشير الى انه يكفيه اعتاق المظاهر منها الا أنه قول أبى يوسف وعندهما لا يجوز نص عليه فى البحر ولفظه لا بد أن تكون الرقبة غير المرأة المظاهر منها فى الظهيرية والتتارخانية أمة تحت رجل ظاهر منها ثم اشتراها واعتقها عن ظهارها قيل لم يجز عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لابى يوسف انتهى (قوله مطلقا سواء كانت كافرة الخ) وكذا لا فرق بين الصحيحة والمريضة الا اذا كان مرضا لا يرجى برؤه واذا أعتق المرهون أو المديون عنها جاز أيضا وكذا المغصوب اذا وصل اليه كما فى المحيط والآبق اذا علمت حياته ومباح الدم الا فى رواية عن محمد لا يجوز ولو عفى عنه أما العبد الحربى فى دار الحرب فلا يجوز كما فى الفتح هذا اذا لم يخل سبيله فان خلى سبيله اختلفوا فيه نهر عن التتارخانية (قوله أو صغيرة) ولو مرضعا نهر (قوله أو كبيرة) ولو شيخا فانيا

(ولا ظهار الا من زوجته) حتى لو ظاهر من أمته او مدبرته او ام ولده لم يكن مظاهرا خلافا لمالك (فلو نكح امرأة بلا امرها فظاهر منها فاجازته) أى النكاح (بطل) الظهار (أنتن على) أى قول الرجل لزوجاته أنتن على (كظهر أمى فيكون مظاهرا منهن) وقال مالك ظهارا منهن (وكفر لكل) واحدة منهن يكفيه كفارة واحدة (فصل) فى الكفارة (وهى) أى الكفارة (تحرير رقبة) مطلقا سواء كانت كافرة أو مسلمة أو ذكرا أو أنثى أو صغيرة أو كبيرة

نهر (قوله وسواء كان مقطوع الاذنين الخ) وكذا يجوز العنين والرتقاء والقرناء والعمشاء والبرصاء والرمداء
والخنثى وذاهب الحاجبين وشعر اللحيه والرأس ومقطوع الانف والشفتين اذا كان يقدر على الاكل
بخلاف ساقط الاسنان لانه لا يقدر على المضغ بحر (قوله أو الرجل أو اليد) قيد به للاحتراز عن مقطوع
اليدين او الرجلين كما سيأتى التصريح به فى المتن (قوله أو الخصى أو المجبوب) لو قال أو خصيا أو مجبوبا أو اعور
أو اصم أو مرتدا أو مرتدة لكان أنسب حموى لتناسق المعطوفات من حيث التنكير (قوله او الاصم) الا اذا
كان لا يسمع شيئا على المختار لانه بمنزلة الاعمى نهر (قوله او المرتدة) بلا خلاف بخلاف المرتد عند البعض
لانه مستحق القتل عينى (قوله وقال الشافعى لا تجوز الكافرة) كما فى قتل الخطأ وبه قال مالك وأحمد
لان الكفارة حق الله تعالى فلا تصرف الى عدو الله قلنا ان المنصوص عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق
وقصده من الاعتاق التمكين من الطاعة ثم مقارنته المعصية يحال به الى سوء اختياره هداية ولان الاصل
أن يعمل بمقتضى كل نص اطلاقا وتقييدا عينى وكونه عدو الله تعالى لا يمنع من الاحسان اليه لقوله
تعالى لا ينهاكم الله الآية زيلعى (قوله وقال زفر الخ) وكذا الخصى والمجبوب لانهم هالكون من وجه
لفوات منفعة الجمال والايلاد ولنا ان هاتين المنفعتين زائدتان ولا تصير الذات لفواتهما كالهالك كما لا تصير
بفوات اللحية والحاجب (قوله وفى رواية النوادر لا يجوز الاصم) يعنى وان لم يكن أصليا بدليل قول
الشارح وقيل لا يجوز الاصم الاصلى وجزم فى البحر بأنه اذا كان بحيث لو صيح عليه يسمع يجزئ لانه بمنزلة
العور (قوله واعتاق الاخرس لا يجوز) يعنى عن كفارة الظهار لا مطلقا حموى (قوله وعند بعض المشايخ
لا يجوز اعتاق المرتد عنها) لانه بالردة صار حربيا وصرف الكفارة اليه لا يجوز كذا فى المحيط نهر
والمذهب الاطلاق شيخنا واعلم ان التعليل بأنه بالردة صار حربيا وصرف الكفارة اليه لا يجوز يقتضى
عدم الفرق بين المرتد والمرتدة وهو خلاف ما سبق عن العينى حيث علل المنع باستحقاق القتل وفرع
عليه ان المرتدة تجوز بلا خلاف يعنى لانها لا تقتل بل تحبس (قوله أى ابهامى اليدين) قيد بذلك لان
مقطوع احدى الرجلين واليدين من خلاف جائز نهر والاصل ان فوات جنس المنفعة يمنع الجواز
والاختلال لا يمنع لان بقاء الانسان معنى يكون بقاء منافعه وبفوات جنس المنفعة يكون هالكا
معنى زيلعى وقيد بابهامى اليدين لان مقطوع ابهامى الرجلين لا يمنع الجواز حموى عن الجوهرة
(قوله من جانب واحد) لفوات جنس المنفعة بخلاف ما اذا كان من خلاف (قوله اشارة الى انه
اذا كان غيرهما يجوز الا اذا كان المقطوع أكثرها وهو ثلاث (قوله والمجنون الذى لا يعقل)
أى لا يفيق لان الانتفاع بالجوارح لا يكون الا بالعقل (قوله والذى يجن ويفيق يجزئه) اذا اعتقه
حال افاقته نهر (قوله والمدبر وأم الولد) لاستحقاقهما الحرية من وجه بجهة أخرى فكان الرق فيهما
ناقصا وقول تعالى فتحرير رقبة يقتضى الكمال ويقتضى انشاء من كل وجه واعتاقهما تعجيل لما صار
مستحقا لهما فلا يكون انشاء من كل وجه زيلعى (قوله والمكاتب الذى أدى شيئا) ولم يعجز نفسه وهى
حيلة الجواز بعد ادائه شيئا در وفى الاختيار لو ابرأه عن الكتابة أو وهبه عتق فلو قال لا اقبل صح عتقه ولم
يبرأ من مال الكتابة نهر قال الشيخ شاهين يؤخذ منه ان المرأة المعلق طلاقها على براءتها من ربع دينار
مثلا لو أبرأت زوجها من ذلك ورد الابراء وقع الطلاق وان رد الربع من الدينار المبرئ منه ولا يرتفع
الطلاق بعد وقوعه لان المعلق عليه الطلاق حقيقة الابراء وقد وجد (قوله وروى الحسن الخ) لان
رقه لم ينتقص بما أدى فكان باقيا من كل وجه ولكن هذا خلاف المشهور من الرواية نهر معللا بأنه
عتق ببدل (قوله فان لم يؤد شيئا الخ) اما فى المكاتب الذى لم يؤد شيئا فلما ذكرنا ان الرق فيه كامل
فكان تحريرا من كل وجه وأما فى شراء القريب فلمقارنة النية علة العتق وأما فى الثالثة فلانه اعتق
رقبة كاملة بكلامين فحصل المقصود زيلعى (قوله ناويا بالشراء الكفارة) حال من الفاعل حموى ولو تأخرت
النية عنه لم يجز وفى الخانية وكله بأن يشترى أباه ليعتقه بعد شهر عن ظهاره فاشتراه عتق كما اشتراه

وسواء كان مقطوع الاذنين أو الرجل
أو اليد أو الخصى أو المجبوب أو الاعور
أو الاصم أو المرتد أو المرتدة وكذا
الحكم فى سائر الكفارات غير ان فى
كفارة القتل لا تجوز الكافرة بالنص
وقال الشافعى لا تجوز الكافرة
وقال زفر لا يجوز تحرير مقطوع
الاذنين وفى رواية النوادر لا يجوز
الاصم وقيل لا يجوز الاصم الاصلى
اذ لابد أن يكون أخرس واعتاق
الاخرس لا يجوز وعند بعض
المشايخ لا يجوز اعتاق المرتد عنها
(ولم يجز) تحرير المملوك (الاعمى
ومقطوع اليدين او ابهاميهما) أى
ابهامى اليدين (أو الرجلين) أو اليد
والرجل من جانب واحد وتخصيص
الابهامين اشارة الى انه اذا كان غيرهما
يجوز (والمجنون) الذى لا يعقل
والذى يجن ويفيق يجزئه (والمدبر)
وقال الشافعى يجوز تحرير المدبر
(وأم الولد والمكاتب الذى أدى
شيئا) من بدل الكتابة وروى الحسن
عن أبى حنيفة أن يجوز تحريره عنها
(فان لم يؤد شيئا أو اشترى قريبه)
الذى يعتق عليه بالشراء وهو ذو رحم
محرم (ناويا بالشراء الكفارة) مطلقا
سواء كانت الكفارة ظهارا أو يمينا

عن ظهاره الآمر انتهى يعنى ويلغو قوله بعد شهر لان فيه تغيير المشروع نهر (قوله أو حرر نصف عبده الخ)
لانه اعتقه بكلامين والنقصان فى النصف حصل على ملكه بسبب الاعتاق للكفارة ومثله غير مانع كمن
أضجع شاة للاضحية فأصاب السكين عينها زيلعى (قوله وقال زفر لا يصح فى الاولى) لانه استحق الحرية
بجهة الكتابة فاشبه المدبر وأم الولد ولنا ان الواجب تحرير الرقبة وهو تصيير شخص مرقوق حرا وقد وجد
ولم يمكن نقصان فى رقه بالكتابة لان عتقه معلق بشرط الاداء والمعلق به عدم قبل وجوده زيلعى (قوله
وقال الشافعى لا يصح فى الاولى والثانية) اما عدم الصحة فى الاولى فلما سبق فى توجيه مذهب زفر وقد
عرف جوابه وأما عدم الصحة فى الثانية فلان علة العتق القرابة والشراء شرطه فالخلاف فى الجواز
وعدمه يبتنى على الخلاف فى ان علة العتق هل هى الشراء او القرابة وتحقيق الكلام على هذه المسئلة
فى الزيلعى بقى ان الظاهر من كلام الشارح انه لا خلاف لزفر فى الثانية وهو مخالف لما فى العينى (قوله
اشارة الى انه لو ورثه الخ) فيه ايماء الى ان التقييد بالشراء لا للاحتراز عن غيره كالهبة والصدقة والوصية
بل للاحتراز عن الارث فقط حتى لو وهب له أو تصدق به عليه أو أوصى له به وهو ينوى به عن الكفارة
أجزأه كالشراء لان الملك بهذه الاسباب يحصل بصنعه وهو القبول بخلاف ما اذا ورثه وهو ينوى به عن
الكفارة حيث لا يجزئه لان الميراث يدخل فى ملكه من غير صنعه زيلعى وعن هذا قال فى الشرنبلالية لو
أبدل الشراء بالتملك لكان أولى (قوله وضمن باقيه) قيد بالضمان لانه لو لم يضمن بأن كان معسرا
لا يصح تحرير نصف عبد مشترك عن الكفارة اتفاقا حموى عن المفتاح ووجهه كما سيأتى انه اذا كان معسرا
يسعى العبد فيكون عتقا بعوض (قوله ثم حرر باقيه) عطف على نصف بحسب المعنى اذ المعنى أعتق نصف
عبد مشترك ثم أعتق باقيه وكان مقتضى الظاهر أن يقول وعبدا مشتركا أعتق نصفه ثم باقيه بعد ضمانه
حموى عن البرجندى (قوله فى الصورتين) أى فى صورة ما اذا كان العبد مشتركا فحرر نصفه وضمن
باقيه وفى صورة ما اذا كان العبد له فحرر نصفه ثم وطئ التى ظاهر منها ثم حرر باقيه واعلم ان قول الشارح
فى الصورتين يشير الى ما ذكره فى النهر من ان قوله ثم حرر باقيه قيد فى المسئلتين قال وبه اندفع ما فى
البحر من أن المراد بضمان القيمة فى الاولى اعتاق النصف الآخر بعد التضمين والا فمجرد الضمان لا يكفى
لوضع المسئلة انتهى (قوله وعندهما يجوز) لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما فعتق جزء منه عتق كله فصار
معتقا كل العبد وهو ملكه الا أن المعتق ان كان موسرا ضمن نصيب شريكه فيكون عتقا بغير عوض
فيجزئه وان كان معسرا يسعى العبد فيكون عتقا بعوض فلا يجزئه عن الكفارة وله ان النقصان تمكن
فى النصف الآخر لتعذر استدامة الرق فيه وهذا النقصان حصل فى ملك الشريك فيه ثم انتقل بالضمان
ناقصا فلا يجزئه عن الكفارة بخلاف ما اذا أعتق نصف عبده ثم باقيه لان ذلك النقصان لذهاب البعض
بسبب العتق فجعل من الاداء ولا يمكن ذلك هنا لانه لا اداء قبل الملك فوضح الفرق وأما اذا أعتق
النصف ثم جامعها ثم أعتق الباقى فلان المأمور به العتق قبل المسيس فلم يوجد لان النصف وقع بعد
المسيس وعندهما يجزئه لعدم تجزئ العتق عندهما كما سبق فاعتاق النصف اعتاق للكل فكان
اعتاق الرقبة قبل المسيس زيلعى (قوله فان لم يجد) عطف على محذوف والتقدير وهى تحرير رقبة ان
وجدها فان لم يجدها الخ وقوله فى المفتاح انه عطف على قوله وهى تحرير رقبة فيه نظر حموى وقوله فان
لم يجد بأن لم تكن فى ملكه أو لم يقدر على ثمنها وقت الاداء ولو كانت فى ملكه لكنه يحتاج اليها لزمه
العتق كما فى التتارخانية قال فى الخزانة بخلاف المسكن وعلى هذا فما فى الحدادى لو كان له عبد للخدمة
لا يجوز له الصوم الا ان يكون زمنا انتهى يعنى العبد هذا هو الموافق لكلامهم ويحتمل أن يرجع الضمير
الى المولى لكنه يحتاج الى نقل نهر قال الحموى ولو قيل بجواز الصوم اذا كان المولى زمنا لا يجد من يخدمه
اذا أعتقه لكان له وجه وجيه انتهى وأما اذا كان له مال لكن عليه دين مثله فان أدى الدين أجزأه
الصوم وان لم يؤده فقيل يجزئه وقيل لا بل يشترى رقبة ويعتقها قال وعن محمد ما يدل على القولين نهر

(أو حرر نصف عبده عن كفارة ثم حرر
باقيه عنها) قبل الوطء بها (صح)
وقال زفر لا يصح فى الاولى وقال الشافعى
لا يصح فى الاولى والثانية أيضا
والتقييد بالشراء اشارة الى انه لو ورثه
ناويا بالارث الكفارة لم يكفه عنها
(وان حرر نصف عبد مشترك) عنها
(وضمن باقيه) بأن كان موسرا (أو حرر)
عنها (نصف عبده ثم وطئ التى ظاهر
منها ثم حرر باقيه) عنها فى الصورتين
(لا) يجوز عند أبى حنيفة وعندهما
يجوز (فان لم يجد) أى ان لم يستطع
(ما يعتق صام شهرين متتابعين ليس
فيهما

عن المحيط وقوله وعن محمد مايدل على القولين اذ روى عنه انه خص الصوم بما بعد قضاء الدين فهذا يدل
على عدم جواز الصوم قبل قضاء الدين وروى عنه انه علل بأنه يحل له الصدقة وهذا اشارة الى ان
ماله ملحق بالعدم حكما كذا بخط صاحب النهر ولوله مال غائب ينتظره ولو عليه كفارتان وفى ملكه رقبة
فصام عن أحدهما ثم أعتق عن الاخرى لم يجزو بعكسه جاز در (قوله رمضان) غير منصرف للعلمية
والالف والنون الزائدتين حموى (قوله حتى لودخل فى صومه يوم النحر الخ) وجه لزوم الاستقبال انه فى
سعة من صومهما خاليين عن هذه الايام بخلاف مالوافطرت للحيض فى كفارة القتل او الفطر فى رمضان
حيث لا تستأنف وتصل قضاءها بعد الحيض لانها لا تجد شهرين ليس فيهما ايام حيض عادة وعن هذا
روى عن محمد أيضا لو أيست بعدما حاضت استقبلت كما فى المحيط وقالوا ان النفاس يقطع التتابع ولو لم
تصل القضاء بعد الحيض استقبلت نهر عن البدائع وكذا تستقبل لو حاضت فى خلال صوم كفارة اليمين
لان مدة كفارة اليمين قليلة فيمكنها أن تصوم مرتبا من غير حرج عينى (قوله ثم افطر) ولو لعذر (قوله لزمه
الاستقبال) لانه اذا صام بغير الاهلة لا يجزئه الا الكامل بخلاف ما اذا صام شهرين بالاهلة حيث يجزئه
وان كانا ناقصين (قوله ويكون صومه تطوعا) ولا قضاء لو أفطر وان صار نفلا در (قوله ناسيا) قيد
بالنسيان لانه لو جامعها نهارا عامدا استأنف اتفاقا ولم يعف عن وطء الناسى كما عفى عنه فى الصوم لانه
فيه على خلاف القياس بالحديث وبهذا عرف ان قوله ناسيا ليس قيدا فيهما نهر وهو مستفاد من كلام
الشارح (قوله استأنف الصوم) أى اتفاقا لخلاف أبى يوسف انما هو فى المسئلة الاولى فقط ووجه لزوم
الاستئناف ماذكره الزيلعى من انه بالافطار فات الترتيب المنصوص عليه وبالوطء قبل التكفير يفوت
تقديم الكفارة وقال أبو يوسف لا يستأنف الا بالافطار لان الوطء المذكور لا يفسد به الصوم كالوجامع
غيرها بهذه الصفة فكان الترتيب باقيا على حاله ولان فى الاستئناف تأخير الكل عن المسيس وفى
المضى تأخير البعض فكان أولى ولهذا لو جامعها فى خلال الاطعام لا يستأنف ولهما ان النص يقتضى
تقديم الصوم على الوطء وان يكون الصوم خاليا عن الوطء فاذا فات التقديم وسقط لتعذره وجب ان
يأتى بالآخر وهو الاخلاء لان العجز عن أحدهما لا يوجب سقوطهما بخلاف الاطعام لانه غير مقيد
بالتقديم زيلعى وجه تعذر التقديم انه بتقدم وطئه فى خلال الصوم تعذر به ان يكون الصوم مقدما على
المسيس دون اخلائه عنه شيخنا قيد بكفارة الظهار لانه فى كفارة القتل لو وطئ ناسيا لا يستأنف لان المنع
من الوطء فيها لمعنى يختص بالصوم نهر عن الجوهرة (قوله ولم يجز للعبد الخ) لانه لا مال له عينى وليس
للمولى منعه لتعلق حق المرأة به بخلاف سائر الكفارات وانما لم تتنصف لما فيهما من معنى العبادة والمحجور
عليه بالسفه بناء على قولهما يكفر بالصوم على الراجح لا بالمال فلو أعتق عبده فى كفارة الظهار سعى فى
قيمته ولم يجزئ عن تكفيره نهر عن حجر الوهبانية (قوله فى كفارة الظهار) ليس قيدا احترازيا (قوله وان
أطعم أو أعتق عنه سيده) ولو بأمره لم يجز لانهما يعتمدان الملك ولا أهلية فيه له الا فى الاحصار فان اطعام
المولى عنه جائز جزم به فى جنايات الفتح لانه وجب ابتلاء ابتلى العبد بها باذن المولى وفى البدائع عن مختصر
الكرخى لا يلزم المولى ذلك لان لزومه لحق العبد ولا يجب للعبد على مولاه حق فاذا اعتق وجب عليه بحر
ونهر واعلم ان ما فى البدائع لا ينافى ما فى الفتح اذ عدم اللزوم صادق بالجواز بل هو ظاهر فيه (قوله أى
اطعم كل مسكين نصف صاع) يشير الى ماذكره فى النهر من انه لا يجوز فى سائر الكفارات ان يعطى
الواحد اقل من نصف صاع وفى الفطرة خلاف وقدمنا ان الجواز جزم به غير واحد وانه صحيح وعليه فالفرق
ان العدد منصوص عليه فى الكفارة بخلاف غيرها (قوله من بر أو دقيقه الخ) ولو دفع البعض من الحنطة
والبعض من الشعير جاز نهر (قوله أو قيمته) من غير ما نص عليه حتى لو دفع نصف صاع تمر تبلغ قيمته نصف
صاع بر او صاعا عن البر أو أقل من نصف صاع بر عن صاع تمر وقيمته تبلغه لم يجز لان العبرة فى المنصوص
عليه لعين النص لا لمعناه وعليه أن يتم للذين أعطاهم ما قدر من ذلك الجنس فان لم يجدهم استأنف فتح

رمضان وايام منهية) حتى لو دخل فى
صومه يوم النحر والفطر وايام التشريق
ورمضان فعليه استقبال الصوم
ولو صام شهرين بالاهلة جاز وان
كان كل شهر تسعة وعشرين يوما وان
صام بغير الاهلة ثم أفطر لتمام تسعة
وخمسين يوما لزمه الاستقبال ولو صام
شهرين متتابعين ثم قدر على الاعتاق
قبل غروب الشمس فى آخر ذلك اليوم يجب
عليه العتق ويكون صومه تطوعا
(فان وطئها فيهما) أى فى الشهرين
(ليلا) مطلقا عامدا كان أو ناسيا (أو
يوما ناسيا) استأنف عندهما وعند
أبى يوسف لا يستأنف (أو أفطر)
عمدا مطلقا سواء كان بعذر أو بغير عذر
(استأنف الصوم) فان وطئ نهارا عمدا
من ظاهر منها أو من سواها فانه
يستأنف الصوم اتفاقا وان وطئ فى
الليل من سواها مطلقا أو فى النهار ناسيا
أو أكل ناسيا لم يضره (ولم يجز للعبد)
فى كفارة الظهار (الا الصوم وان)
كان (اطعم أو اعتق) نائبا عنه (سيده
فان لم يستطع) المظاهر الحر (الصوم
اطعم ستين فقيرا كالفطرة)
أى أطعم كل مسكين نصف صاع من
بر أو دقيقه أو سويقه أو زبيب أو صاعا
من تمر أو شعير (أو قيمته)

(قوله أى افتدى قيمته) أشار به الى انه على حد * علفتها تبنا وماء باردا * الا ان ذلك مخصوص بالعطف
بالواو حموى وهنا العطف بأو اللهم الا أن يقال أو بمعنى الواو وفيه ان افتدى لا يتعدى بنفسه فلو ذكر
دفع بدل افتدى لكان أولى ومراد الشارح تقدير فعل ناصب لقوله قيمته اذ لا يصح أن يكون ناصبه
الفعل المذكور فى المتن اعنى اطعم الا ان يؤول أطعم بأعطى فلا حاجة حينئذ الى تقدير ناصب (قوله فلو
أمر غيره الخ) قيد بالامر لانه لو أطعم عنه بلا أمر لم يجز وتكفير الوارث بالاطعام جائز وفى كفارة اليمين
بالكسوة أيضا بخلاف الاعتاق ولهذا امتنع تبرعه فى كفارة القتل نهر عن المحيط (قوله من ظهاره)
اشار العينى بقوله أى لاجل ظهاره الى ان من للتعليل (قوله ففعل صح) لانه طلب منه التمليك معنى
والفقير قابض له أولا ثم لنفسه زيلعى (قوله ولا يجوز للمأمور أن يرجع) الا اذا قال على أن ترجع على
واجمعوا انه فى الدين يرجع بمجرد الامر وفرق بأنه لو رجع بمجرد الامر لرجع بأكثر مما أسقط عن ذمة
الآمر بدليل ان الوجوب كان من أحكام الآخرة وثبوت الرجوع يقتضى وجوبه فى الدنيا والآخرة أما
الدين فحق مضمون فى الدنيا والآخرة نهر عن المبسوط قال ومقتضاه انه لا يرجع ولو شرطه وقد علمت انه
يرجع انتهى وكذا يرجع بمجرد الامر بالبناء نص عليه فى الدرر من كتاب الهبة ولفظه مجرد الامر ببناء داره
يوجب الرجوع على الآمر وكذا أمر الاسير بفدائه يوجب الرجوع عليه انتهى عن الخانية (قوله فى ظاهر
الرواية) لانه يحتمل القرض ويحتمل الهبة فلا يرجع بالشك شيخنا عن شرح الجامع الصغير لقاضيخان
(قوله وعن أبى يوسف انه يرجع) لانه وان احتمل الهبة الا ان القرض أدناهما ضررا فحمل عليه شيخنا
عن قاضيخان (قوله ففعل لا يسقط عن الآمر عندهما) خلافا لابى يوسف وان أعتق عنه بغير أمره لم يجز
اتفاقا لوقوعه عن المعتق بحرص الولوا الجبة قال ولو يجعل سماه جاز اتفاقا قال شيخنا كانه قال بعه منى
بكذا ثم كن وكيلا عنى باعتاقه عن كفارتى انتهى ووجه الفرق على قولهما اذا كان العتق بأمره ولم يسم
جعلا ان التمليك بغير بدل هبة ولا جواز لها بدون القبض ولم يوجد القبض فى الاعتاق ووجد فى الاطعام
والكسوة فى كفارة اليمين كالاطعام (قوله وتصح الاباحة فى الكفارات) وهى كفارة الظهار وكفارة
الصوم وكفارة اليمين وكفارة القتل عينى وليس المراد بالقتل قتل النفس كما فهمه فى النهر فقال وقول
العينى والقتل سهو بل المراد قتل الصيد لان كفارة قتل النفس لا اطعام فيها شيخنا (قوله كالزكاة
وصدقة الفطر الخ) والحق عن الاذى حموى عن المفتاح (قوله وقال الشافعى يشترط التمليك
فى الكفارات أيضا) لانه أدفع للحاجة والاطعام يذكر للتمليك عرفا يقال أطعمتك هذا الطعام
أى ملكتك فيحمل عليه أو هو مراد بالاجماع فانتفى الآخر أن يكون مرادا لان فيه الجمع بين الحقيقة
والمجاز أو العموم فى المشترك وكل ذلك لا يجوز ولانها صدقة واجبة فيكون من شرطها التمليك كالزكاة
وصدقة الفطر والكسوة فى كفارة اليمين ولنا ان المنصوص عليه فى الكفارة والفدية الاطعام
وهو حقيقة فى التمكين لانه عبارة عن جعل الغير طاعما وذلك بالاباحة وانما جاز التمليك بدلالة النص
والعمل بها لا يمنع بالحقيقة الا ترى ان ضرب الوالدين وشتمهما يحرم بدلالة النص فى قوله تعالى ولا تقل
لهما أف مع بقاء الاصل مرادا وهو التأفيف بخلاف المستشهد به لان المنصوص عليه فيها الايتاء والاداء
والكسوة وهى تقتضى التمليك زيلعى (قوله مشبعان) صفة كل على الانفراد يعنى اذ لو كان صفة للمعطوف
والمعطوف عليه لقال مشبعات لانه حينئذ توجد المطابقة شيخ شاهين (قوله أو غداء وعشاء) لان المعتبر
دفع حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء عادة ويقوم قدرهما مقامهما فكان المعتبر أكلتين والسحور
كالغداء زيلعى وفى المصباح الاكل معروف والاكل بضمتين واسكان الثانى للتخفيف المأكول والاكلة
بالفتح المرة وبالضم اللقمة والسحور بفتح السين ما يؤكل فى السحر قبل الصبح وبالضم الاكل بحر (قوله
والغداء طعام الغداة) الغداء بالمد وكذا العشاء بالفتح والمد بحر عن المصباح (قوله وفى المجرد عن أبى حنيفة
الخ) الا أن يعيد على أحد الستين بين غداء أو عشاء زيلعى وكذا يشترط اتحادهم فى الغداءين أو العشاءين

أى افتدى قيمته وقال الشافعى
لا يجوز دفع القيمة كما فى الزكاة
والعشر والنذور والكفارات
(فلو أمر غيره ان يطعم) نائبا (عنه
من ظهاره ففعل صح) عن كفارته
ولا يجوز للمأمور ان يرجع على
الآمر فى ظاهر الرواية وعن ابى
يوسف انه يرجع وانما قيد بقوله ان
يطعم عنه لانه لو قال لغيره اعتق عبدك
عن ظهارى ففعل لا يسقط عن الآمر
كذا فى الجامع الصغير الخانى (وتصح
الاباحة فى الكفارات) ككفارة
الظهار والافطار واليمين وجزاء الصيد
(والفدية) فى حق الشيخ الفانى وهى
اسم لما يفدى (دون الصدقات) انه
كالزكاة وصدقة الفطر (والعشر) والضابط ان
ما شرع فيه التمليك والطعام يجوز فيه
ما شرع بلفظ الاطعام والايتاء والاداء
يشترط فيه التمليك وقال الشافعى يشترط
الاباحة وما شرع بلفظ الايتاء والاداء
التمليك فى الكفارات ايضا (والشرط)
فى طعام الاباحة (غداآن أو عشاآن
مشبعان او غداء وعشاء) والغداء
طعام الغداة كان العشاء طعام العشى
وفى المجرد عن ابى حنيفة اذا غدى
ستين وعشى آخرين لا يجوز ذكره فى
المحيط

ولو كان فيمن عشاهم صبى فطيم لا يجوز لانه لا يستوفى كاملا ولا بد من الادام فى خبز الشعير وفى خبز البر لا يشترط (وان اعطى) طعاما (فقيرا) واحدا (شهرين صح) عندنا خلافا للشافعى (ولو) اعطى مسكينا واحدا (فى يوم) واحد ستين مرة مطلقا سواء كان بدفعة او دفعات (لا) يجوز (الا عن يومه) وهذا فى الاباحة بلا خلاف واما التمليك من مسكين واحد فى يوم واحد بدفعات فقد قيل لا يجوز وقيل يجوز وذكر فى المحيط هو الصحيح (ولا يستأنف بوطئها) أى بوطء المظاهر منها (فى خلال الاطعام ولو اطعم عن ظهارين) مطلقا سواء كانا فى امرأة او امرأتين (ستين فقيرا كل فقير صاعا) من بر (صح عن واحد) من الظهارين عندهما وعند محمد يجوز عنهما وكذا فى كفارة اليمين (و) لو اطعم ستين مسكينا (عن) كفارة (افطار وظهار) لكل مسكين صاعا من بر (او حرر عبدين عن ظهارين ولم يعين) فى الصورتين (صح عنهما) (ومثله الصيام والاطعام) يعنى لو صام اربعة اشهر او اطعم مائة وعشرين مسكينا عن ظهارين ولم يعين عن احدهما صح عنهما (وان حرر) عنهما رقبة او صام شهرين صح عن واحد) منهما حتى كان له ان يجعل عن ايهما شاء (و) ان حرر (عن ظهار وقتل لا) يجوز عن احدهما

شرنبلالية عن الفتح وفى البدائع اوصى بأن يطعم عنه فغدى الوصى العدد المنصوص عليه ثم ماتوا قبل العشاء استأنف انتهى ولو غابوا انتظرهم فان لم يجدهم استأنف أيضا وهل يجب الانتظار على الوصى لم أر المسئلة فى كلامهم وينبغى القول بالوجوب فى حقه دون غيره الى أن يغلب على ظنه عدم وجودهم فيستأنف نهر (قوله ولو كان فيمن عشاهم صبى فطيم لا يجوز) قدمنا عن البدائع انه مالم يكن مراهقا لا يجوز وكذا لا يجوز لو كان شبعان وانه لا يعتبر فى الاباحة كونه نصف صاع بخلاف التمليك ولو جمع بينهما بأن غدى واحدا واعطاه مدا ففيه روايتان وجزم فى البدائع بالجواز وكذا لو غدى ثلاثة واعطاهم قيمة العشاء او عكسه وفى الينابيع لو اطعم مائة وعشرين مسكينا أكلة واحدة مشبعة لم يجزئ الا عن نصف الاطعام نهر (قوله ولا بد من الادام فى خبز الشعير) وكذا الذرة بناء على القول باجزائهما فيه واليه مال الكرخى وجزم به الزيلعى وغيره نهر (قوله خلافا للشافعى) لان التفريق على الستين واجب بالنص ولنا ان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد بتجدد الايام فكان فى اليوم الثانى كمسكين آخر عينى والخلة بالفتح الفقر والحاجة بحر عن المصباح (قوله لا يجوز) وذكر فى المحيط هو الصحيح الا عن يومه فقط لانعدام حاجته فى ذلك اليوم فان قلت لو كسا مسكينا واحدا عشرة أثواب فى عشرة ايام جاز مع انتفاء حاجته له فى اليوم الثانى قلت تجدد الحاجة اليه يختلف باختلاف أحوال الناس ولا يمكن تعليق الحكم فيه بعين الحاجة فأقيم مضى الزمن مقامها الا انها به تتجدد وأدنى ذلك يوم ومادونه ساعات لا يمكن ضبطها نهر (قوله وقيل يجوز) لان له حوائج كثيرة غير الاكل فلعله يصرفه الى غير الاكل حموى (قوله ولا يستأنف بوطئها فى خلال الاطعام) لان النص فى الاطعام مطلق غير مقيد بما قبل المسيس فيجرى على اطلاقه ولا يجوز حمله على النص المقيد فى الاعتاق والصوم بالقياس ولا بخبر الواحد وهو قوله عليه السلام للذى واقع امرأته قبل التكفير استغفر الله ولا تعد حتى تكفر لان التقييد نسخ فلا يجوز بمثله وانما منع من الوطء قبله أى قبل الاطعام لجواز أن يقدر على التحرير أو الصيام فيقعان بعده والنهى لغيره لا يعدم المشروعية زيلعى وفيه نظر فان القدرة حال قيام العجز بالفقر والكبر والمرض الذى لا يرجى زواله أمر موهوم وباعتبار الامور الموهومة لا تثبت الاحكام ابتداء بل يثبت الاستحباب نهر وهذه المناقشة بالنسبة لما استفيد من قول الزيلعى وانما منع من الوطء الخ اذ تعبيره بالمنع يقتضى حرمة الوطء وهو بحث مخالف للمنقول ويؤيد ما ذكره الزيلعى ما سبق عن الهداية لتصريحه بأنه لا بد من تقديم الاطعام ليكون الوطء حلالا ومثله فى العينى واعلم ان الوطء قبل الاطعام أو فى خلاله وان كان حراما لكن لا ينافى عدم لزوم استئناف الاطعام سواء قلنا بلزوم تقديم الاطعام أو باستحبابه (قوله وعند محمد يجوز عنهما) رجحه الاتقانى لان فى المؤدى وفاء بهما والفقير مصرف لهما فصار كما لو ملكه بدفعتين أو اختلف جنس الكفارة لهما انه زاد فى قدر الواجب ونقص عن المحل فلا يجوز الا بقدر المحل والفقه فيه ان النية فى الجنس الواحد لغو لانها شرعت لتمييز الاجناس المختلفة لاختلاف الاغراض فيها فلا يحتاج اليه فى الجنس الواحد لعدم الفائدة والتصرف اذا لم يصادف محله يلغو فاذا الغت نية العدد بقيت نية مطلق الظهار والمؤدى يصلح كفارة واحدة لان التقدير بنصف الصاع لمنع النقصان فلا يمنع الزيادة فصار كما اذا نوى أصل الكفارة ولم يزد عليه بخلاف ما اذا فرق الدفع او كانتا جنسين لما بيناه زيلعى وقوله بخلاف ما اذا فرق الدفع لانه فى الدفعة الثانية فى حكم مسكين آخر فتحصل ان الخلاف مقيد بما اذا كان بدفعة واحدة (قوله وكذا فى كفارة اليمين) يعنى على الخلاف فعندهما عن يمين واحدة وعنده عن اليمينين حموى (قوله عن كفارة افطار وظهار) صح لاختلاف الجنسين نهر (قوله لكل مسكين صاعا) بنصب صاعا على انه مفعول اطعم (قوله ومثله الصيام والاطعام) لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية التعيين على ما مر زيلعى ولو كان عليه كفارات مختلفة الاجناس اعتق عنها عبيدا الا تجزئه عن كفارة ولو نوى بكل واحدة كونها عن واحدة لا بعينها جاز اجماعا ولا تضر جهالة المكفر عنه نهر عن المحيط (قوله وعن ظهار وقتل لا يجوز) لان نية التعيين فى الجنس المتحد

لغو

وقال زفر لا يجوز عن احدهما فى الفصلين وقال الشافعى له ان يجعل عن احدهما فى الفصلين *(باب اللعان)* هو مصدر لاعن يلاعن ملاعنة ولعانا واصل اللعن الطرد والملاعنة تكون بين اثنين وهنا اللعن فى كلام الزوج وحده وفى كلام الزوجة ذكر الغضب ووجهه ان هذا من باب التغليب كالقمرين للشمس والقمر اولان الغضب يستلزم اللعنة فصح تسميته ملاعنة لذلك ولهذا قال (هى شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن) مكتفيا بذكر اللعن تاركا ذكر الغضب

لغو وفى المختلف مفيد فاذا الغت بقى مطلق النية فله أن يعين أيهما شاء كما لو أطلقه فى الابتداء توضيحه انه لو نوى قضاء يومين من رمضان يجزئه عن يوم واحد ولو نوى عن القضاء والنذر أو عن القضاء والكفارة لا يجزئه عن واحد منهما درر وقوله توضيحه انه لو نوى قضاء يومين الخ يعنى فيما اذا صام يوما شيخنا عن عزمى زاده والمسئلة مقيدة بما اذا كانت الرقبة مؤمنة فلو كانت كافرة كانت عن الظهار استحسانا وان اختلف الجنس لعدم صلاحيتها للثانية نهر (قوله وقال زفر لا يجوز عن أحدهما فى الفصلين) لعل صوابه يجوز باسقاط لا حموى وهو غير مسلم الا ترى الى قول الزيلعى لزفر انه اعتق عن كل واحدة منهما نصف العبد فلغا ولا قدرة له بعد ذلك أن يجعله عن احداهما لخروج الامر من يده والقياس ما قاله زفر ووجه الاستحسان أن نية التعيين فى الجنس المتحد لغو وفى المختلف مفيد الخ فاثبات لا متعين (قوله وقال الشافعى الخ) فتحصل ان عند الشافعى شمول الجواز وعند زفر شمول العدم وعندنا يفصل ويقال ان اتحد الجنس كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء وان اختلف لا يجوز عن واحد منهما كما فى النهاية للشافعى ان الكفارات كلها عنده جنس واحد لاتحاد المقصود وهو الستر وجه الاستحسان ان نية التعيين فى الجنس المتحد لغو كما سبق وفى المختلف مفيد ويعرف اختلاف الجنس باختلاف السبب والصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين من يومين لان الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعها بل بدلوك الشمس والدلوك فى يوم غير الدلوك فى يوم آخر بخلاف صوم رمضان لانه معلق بشهود الشهر وهو واحد فلاجل ذلك لا يحتاج فيه الى تعيين صوم يوم السبت او الاحد زيلعى (فرع) المعتبر فى الاعسار واليسار وقت التكفير در

(باب اللعان)

قدم الظهار على اللعان لان سبب الظهار اقرب الى الايلاء من سبب اللعان وهو قذف الرجل امرأته قذفا يوجب الحد حموى عن المفتاح (قوله هو مصدر لاعن) سماعا والقياس الملاعنة لكن ذكر غير واحد من النحاة أنه قياسى أيضا نعم تنفرد المفاعلة غالبا بما فاؤه ياء كياسر مياسرة ومن غير الغالب ياومه مياومة ويواما نهر عن ابن سيده وجزم ابن يعيش فى شرح المفصل بان الفعال ليس بقياسى فلا يقال جالس جلاسا ولا قاعد قعادا ولا واعد وعادا حموى عن المنبع (قوله الطرد والابعاد) أى عن الخير عزمى (قوله من باب التغليب) عبارة البرجندى وسمى الكل لعانا لشرعية اللعن فيه كالصلاة تسمى سجودا لشرعيته فيها اوللتغليب حموى وعبارة النهر لقب الباب به لما فيه من لعن الرجل نفسه فى الخامسة من تسمية الشئ باسم جزئه ولم يسم بالغضب وان كان موجودا فيه من جانبها الا ان لعنه أسبق والسبق من أسباب الترجيح اه (قوله اولان الغضب يستلزم اللعنة) عطف على المعنى والمقصود ابداء وجه ثان لاطلاق اللعن على الغضب لكن يلزم على هذا التوجيه استعمال اللفظ فى حقيقته ومجازه وقول العلامة الحموى كان الظاهر ان يقال لان اللعنة تستلزم الغضب حتى يلائم آخر كلامه انتهى لان المحدث عنه اطلاق اللعن على الغضب لا العكس (قوله فصح تسميته ملاعنة لذلك) اولاشتماله على اللعن كما سميت الصلاة ركوعا وسجودا وسجدة لوجود ذلك فيها زيلعى (قوله ولهذا قال) علة مقدمة على معلولها والاشارة بهذا الماذكر لا لكون الغضب يستلزم الخ الحموى (قوله هى) أى اللعان والتأنيث فيه باعتبار الخبر اوباعتبار التأويل بالملاعنة حموى وهذا بحسب المتن الذى شرح عليه والا ففى نسخة شيخنا بخطه بتذكير الضمير (قوله شهادات) نبه بذلك على انهما لو تلاعنا فلم يفرق القاضى بينهما حتى ماتا وعزل فان الثانى يعيده كما لو شهدا عنده فمات او عزل قبل القضاء وهذا عند أبى يوسف وقال محمد اللعان أيمان فيبنى نهر عن الجوهرة والامام مع أبى يوسف جوهرة (قوله مؤكدات بالايمان) هذا ركنه وليس من الايمان ما يتعدد من جانب المدعى الا هنا وفى القسامة وشرطه فى المتلاعنين ان يكونا زوجين حرين عاقلين بالغين مسلمين ناطقين غير محدودين كذا

فى البدائع زاد فى الجوهرة وان يكون النكاح صحيحا وقد أشار اليه المصنف بما سيأتى من قوله فلو قذف زوجته وفى القاذف عدم اقامة البينة على دعواه وفى المقذوف انكاره وسببه قذف الزوجة بما يوجب الحد فى الاجنبية وحكمه حرمة الوطء بعد التلاعن نهر ولو قبل التفريق خلافا الظاهر عبارة الدرر لان ظاهر تعليله بقوله لحصول البينونة التامة يوهم ان الوطء قبل التفريق لا يحرم وليس كذلك شرنبلالية وسيأتى بيان اهله فى قول المصنف وصلحا شاهدين الخ وبقى من الشروط طلبها اللعان وعفتها وكونهما بدار الاسلام ثم اشتراط طلبها مقيد بان لا يكون القذف بنفى الولد فان كان فالطلب حقه أيضا لاحتياجه الى نفى من ليس هو ولده عنه بحر ونهر واعلم ان الشهادة الاخبار عن مشاهدة وعيان وقد تجرى مجرى الحلف فيما يراد به من التأكيد نحو اشهد بالله فى موضع اقسم فقوله بالله متعلق بمحذوف وكلمة ان مفتوحة أى اشهد مقسما بالله بأنى صادق وجواب القسم محذوف وانما وقعت فى القرآن مكسورة لدخول اللام فى خبرها او مكسورة على انها جواب القسم ومتعلق اشهد محذوف بقرينة جواب القسم وهذا بناء على ماذهب اليه أصحابنا من ان كلمات اللعان شهادات مؤكدات بالايمان وأما على ماذهب اليه الشافعى من انها ايمان فمعنى قوله اشهد بالله احلف بالله وان مكسورة على انها جواب القسم وليس فى الكلام محذوف حموى عن البرجندى (قوله قائمة مقام حد القذف) فى حقه لان الاستشهاد بالله تعالى مهلك كالحد بل أشد فقام مقامه ولهذا لو قذفها مرارا كفاه لعان واحد كالحد بخلاف مالو قذف أكثر من واحدة من نسائه بكلمة واحدة او بكلمات حيث يتعدد عليه اللعان ولو كن أجنبيات حد حدا واحدا والفرق ان المقصود وهو دفع العار عن الكل حاصل بواحد وفى الجمع لم يحصل لتعذر الجمع بين كلمات اللعان وجاز ان يكون صادقا فى البعض وظاهر اطلاقه يقتضى عدم قبول شهادته ابدا وبه جزم العينى هنا تبعا لما فى الاختيار وذكر الزيلعى فى القذف انها تقبل نهر (قوله ومقام حد الزنا فى حقها) ولهذا لم يصح العفو عنه ولا الابراء والصلح اذ كل من حد القذف والزنا لا يحتمل ذلك والمراد انه قائم مقام حد القذف فى حقه ان كان كاذبا ومقام حد الزنا فى حقها ان كانت كاذبة نهر عن الفتح (قوله وعند الشافعى أيمان مؤكدات الخ) لقوله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله فقوله تعالى بالله محكم فى اليمين والشهادة تحتمل اليمين فحملنا المحتمل على المحكم لاسيما اذا تعذر حمله على الحقيقة لان الشهادة لنفسه غير مقبولة بخلاف اليمين وتكرره يدل على أنه يمين أيضا لانها شرعت مكررة كما فى القسامة دون اداء الشهادة ولنا قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم استثنى أنفسهم عن الشهداء فثبت انهم شهداء لان المستثنى يكون من جنس المستثنى منه ثم نص على شهادتهم فقال فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله فنص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ولان الحاجة هنا الى ايجاب الحكم من الطرفين والذى يصلح للايجاب هو الشهادة الا انها اكدت باليمين لانه يشهد لنفسه والتأكيد لا يخرجه من ان يكون شهادة وقوله الشهادة لنفسه غير مقبولة قلنا انما لا تقبل فى موضع التهمة وأما اذا انتفت التهمة فمقبولة قال تعالى شهد الله أنه لا اله الا هو فهذه من اصدق الشهادات لانتفاء التهمة والتهمة فيما نحن فيه منتفية باليمين وماقاله الشافعى لا يستقيم لانه يلزم من حمل الشهادة فى الآية على اليمين ان يحلف عن غيره فيكون التقدير ولم يكن لهم حالفون الا انفسهم وان يكون موجبا للحكم على غيره بيمينه وفساده لا يخفى لان احدا لا يحلف عن غيره ولا يوجب الحكم بيمينه على غيره وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قذف جماعة من نسائه حيث لا يكفيه لعان واحد وفى اشتراط أهلية الشهادة فعندنا تشترط وعنده تشترط أهلية اليمين وهو ان يكون ممن يملك الطلاق زيلعى ثم عدم الاكتفاء بلعان واحد اذا قذف جماعة من نسائه محله اذا كان أهلا للعان فان لم يكن اكتفى بحد واحد للتداخل بحر عن البدائع (قوله فلو قذف زوجته الخ) أى قذفها بصريح الزنا فى دار الاسلام وهى حية عفيفة عن فعل الزنا وتهمته بان لم توطأ حراما ولو مرة بشبهة ولا بنكاح فاسد ولا لها ولد بلا أب ولو فى عدة الرجعى تنوير وشرحه ولو رماها بعمل قوم لوط لم يجب

(قائمة) أى الشهادات قائمة (مقام حد القذف فى حقه ومقام حد الزنا فى حقها) وعند الشافعى أيمان مؤكدات بلفظ الشهادة فيراد بالشهادة عنده تأكيد اليمين ولا يراد الشهادة (فلو قذف زوجته

اللعان عنده وعندهما يجب بناء على وجوب الحد نهر عن البدائع (قوله بالزنا) الكائن فى نكاحه او قبله بان قال لها يازانية او زنيت ولو قال لها يازانية أنت طالق ثلاثا فلا حد ولا لعان ولو قال انت طالق ثلاثا يازانية وجب الحد كذا فى البدائع وغيرها ولو حذف التاء اتفق أبو حنيفة وصاحباه على وجوب اللعان والحد فى الاجنبية ثم قاس محمد عليه مالو قال لرجل يازانية فأوجب الحد وفرقا بان الترخيم شائع فى النداء والخطاب دليل على ارادة التاء بخلاف الثانى وفى كون التاء للمبالغة شك فلا يجب بالشك نهر (قوله والحال انهما صلحا شاهدين) ويشترط صلاحيتهما للشهادة على المسلم حتى لا يجرى اللعان بين الكافرين ولا بين كافر ومسلم وان صلح شاهدا على مثله زيلعى (قوله ان كانا صبيين) كذا ان كان احدهما صبيا او مملوكا او مجنونا او محدودا فى قذف نهر (قوله فان قيل يشكل على هذا الخ) ولهذا قال فى الغاية يبطل هذا أى جعل اهلية الاداء شرطا بلعان الاعمى فانه ليس من اهل الاداء كما فى الزيلعى فعلى هذا لا تكون أهلية الاداء شرطا بل اهلية التحمل وسيأتى جوابه (قوله او الفاسقين) عبارة البرجندى وأما الاعمى والفاسق فانما كانا من اهل اللعان لان شهادة الاعمى مقبولة فيما يجرى فيه التسامع فى رواية عن أبى حنيفة والفاسق يمكن ان يصير اهلا للشهادة يعنى لادائها بتقادم العهد حموى واعلم ان المراد من تقادم العهد تقادم عهد الفسق (قوله قلنا هما من أهل الشهادة) أى من اهل ادائها بدليل قوله ولهذا لو قضى القاضى بشهادة هؤلاء جاز وغير خاف ان المراد بالجواز فى كلام الشارح انما هو الصحة لا الحل وبهذا التقدير يظهر لك ان ماذكره الزيلعى فى الرد على صاحب الغاية حيث قال وهذا غلط يعنى ماذكره فى الغاية من ان اشتراط اهلية الاداء يبطل بلعان الاعمى الخ لان الاعمى من اهل الشهادة الا ان شهادته لا تقبل لانه لا يميز بين المشهود له والمشهود عليه ولهذا ينعقد النكاح بحضوره مما لا يجدى نفعا ولهذا قال فى النهر وما فى الزيلعى من ان الاعمى أهل لها ولهذا انعقد النكاح بحضوره مدفوع بان الكلام فى اهلية الاداء لا فى اهلية التحمل انتهى واعلم ان المنفى من قول الزيلعى ان الاعمى من اهل الشهادة الا ان شهادته لا تقبل انما هو الحل لا الصحة (قوله وهى ممن يحد قاذفها) خصها مع ان هذا شرط فى جانب الرجل أيضا لان المرأة هى المقذوفة دونه فاختصت باشتراط كونها ممن يحد قاذفها بعد اشتراط اهلية الشهادة بخلافه لانه ليس مقذوفا وهو شاهد فاشترطت اهلية الشهادة دون كونه ممن يحد قاذفه نهر (قوله بان كانت محصنة الخ) غالب هذا قد علم مما سبق فى قوله صلحا شاهدين فكان الاولى فى الشرح ان يقتصر على مالم يعلم من سابقه بان يقول بان كانت عفيفة حموى (قوله وقيل اذا كان معها ولد الخ) جزم به فى الدرر ولم يحك فيه خلافا والحموى أيضا تبعا للنهر وكذا فى الدرر ونصه فمن قذف بالزنا زوجته العفيفة اى المبراة عن الزنا غير متهمة به كمن يكون معها ولد لا يكون له أب معروف الخ وقوله كمن يكون معها ولد الخ تمثيل للنفى والتقدير يشترط لكون قذف الزوجة موجبا للعان ان لا تكون متهمة بالزنا مثل ان يكون معها ولد لا أب له وليس فى الكلام تشبيه كما توهمه الشيخ حسن حيث قال قوله كمن يكون معها ولد الخ يتأمل فى المشبه والمشبه به شيخنا (قوله او نفى نسب ولدها) ظاهره ان النفى المذكور ليس قذفا وليس كذلك حموى ولا فرق بين مالو كان الولد الذى نفاه منه أو من غيره والتقييد بكونه مولودا على فراشه فى كلام بعضهم اتفاقى لانه لو نفى نسب ولدها من غيره عن أبيه المعروف لا عن لكونه أيضا قاذفا كما لو نفاه أجنبى نهر والظاهر ان فى العبارة تكرارا وانه لو ابدل الواو من قوله والتقييد بكونه مولودا الخ بالفاء ليكون تفريعا على ما قبله وحذف قوله لانه لو نفى نسب ولدها الخ لكان اولى واعلم ان التشبيه فى قوله كما لو نفاه اجنبى بالنسبة للقذف لا للعان والتقدير كما يكون قاذفا كما لو نفاه اجنبى فتدبر واعلم ان ماوقع للسيد الحموى فى شرحه من قوله او نفى الزوج نسب الولد أعم من كونه منها او من غيرها هو بخطه كذلك وهو سبق قلم وصواب العبارة ابدال قوله منها او من غيرها بقوله منه او من غيره (قوله وطالبته بموجب القذف) اشار بعدم اشتراط الفور فى الطلب الى ان سكوتها لا يبطل حقها وان طالت المدة لان تقادم الزمان

بالزنا) الحال انهما (صلحا شاهدين) أى لاداء الشهادة لانهما ان كانا صبيين او عبدين او مجنونين او محدودين فى قذف او كافرين ولا لعان فان قيل يشكل على هذا جريان اللعان بين الزوجين الاعميين او الفاسقين قلنا هما من اهل الشهادة ولهذا لو قضى القاضى بشهادة هؤلاء جاز وقال الشافعى صلاحيته الشهادة ليست بشرط (وهى ممن يحد قاذفها) بان كانت محصنة لانها ان كانت أمة او كافرة بان كانت كتابية او صبية او مجنونة او زانية فلا حد ولا لعان وقيل اذا كان معها ولد وليس له أب معروف لا يجب اللعان وان كانت من أهل الشهادة (او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف) وهو الحد

(وجب اللعان) عليهما وانما اشترط
طلبها لانه حقها فلا بدّ من طلبها كحد
القذف فان قيل لا يلزم من نفى الولد
الزنا لجواز ان يحصل بالوطء عن شبهة
قلنا الاصل فى النسب الصحيح هو الفراش
لا الفاسد الملحق به فنفيه عن الفراش
الصحيح قذف (فان أبى) الزوج اللعان
(حبس) أى حبسه القاضى (حتى يلاعن
او يكذب نفسه فيحد) حد القذف
وقال الشافعى رحمه الله اذا امتنع
عنه يحد حد القذف (فان لاعن) اى
الزوج (وجب عليها اللعان فان أبت)
المرأة عنه (حبست حتى تلاعن
او تصدقه) وذكر الصدر الشهيد فى
الوسيط انها اذا امتنعت تحد حد الزنا
ولكن ليس هذا مذهبنا بل مذهب
الشافعى ثم اذا صدقته لا تحد أيضا
لان الاقرار مرة لا يكفى

لا يوجب بطلان الحق فى القذف والقصاص اسبيجابى وحقوق العباد جوهرة وفى خزانة الفقه ولو سكتت ولم ترفع الى الحاكم كان أفضل وينبغى للقاضى ان يقول لها اتركى واعرضى عن هذا لانه دعاء الى الستر فان تركت مدة ثم خاصمت فلها ذلك كما فى البدائع ولا يخفى ان وجوب اللعان مقيد بعجزه عن اقامة البينة عن زناها وعدم اكذابه نفسه بعده وعدم تصديقها له فان أقام بينة على زناها فان كانوا اربعة رجال رجمت لو محصنة وجلدت لو غير محصنة وان كانا رجلين فقط على اقرارها بالزنا يندرئ اللعان ولا تحد المرأة وكذا لو كان رجلا وامرأتين شهدوا على تصديقها وهذا كله اذا أقر بالقذف فان انكره فأقامت رجلين وجب اللعان لا رجلا وامرأتين وان لم يكن لها بينة لا يستحلف الزوج ولو شهد مع ثلاثة غير عدول فلا حد عليه ولا على الثلاثة ولا لعان كذا فى المحيط وفيه أيضا لو شهدا على أبيهما انه قذف ضرة أمهما لا تقبل لانهما يشهد ان لامهما بخلو الفراش لها لان اللعان سبب الفرقة حتى لو كان أبوهما محدودا فى قذف تقبل لان هذا القذف يوجب الحد دون اللعان بحر وفى النهر من قوله ولو انكره فطلبت يمينه لا يستحلف فان اقامت رجلين او رجلا وامرأتين على قوله لاعن الخ صوابه لا رجلا وامرأتين شيخنا (قوله وجب اللعان) ان اقر بقذفه او اقامت عدلين مع انكاره وان اقامت رجلا وامرأتين لا تقبل وان لم تجد بينة لا يحلف فى الحد واللعان اتفاقا شرنبلالية عن العينى فى الدعوى وهو موافق لما قدمناه عن البحر فالتصويب الذى سبق فى عبارة النهر متعين (قوله وانما اشترط طلبها لانه حقها) ولو بعد العفو در (قوله أى حبسه القاضى) أى حبس الزوج أى امر بحبسه والقاضى عطف تفسير على الحاكم حموى وهذا بالنسبة للنسخة التى وقعت له وأما نسختنا فليس للحاكم ذكر (قوله حتى يلاعن) قال فى ايضاح الاصلاح ههنا غاية أخرى ينتهى الحبس بها وهى ان تبين منه بطلاق اوغيره ذكره السرخسى فى المبسوط انتهى واذا امتنعا جميعا من اللعان قال الاسبيجابى يحبسان وينبغى حمله على ما اذا لم تعف المرأة وان لم يصح العفو فى حد القذف لانه قال فى شرح المجمع لو عفا المقذوف لا يحد القاذف لا لصحة العفو بل لتركه طلبه حتى لو عاد وطلب يحد شرنبلالية وعندى فى حبسها بعد امتناعه نوع اشكال وهذا لانه لا يجب عليها الا بعده فقبله ليس امتناعا لحق وجب عليها وكان هذا هو السر فى اغفال المصنف وغيره لهذا فتدبره نهر (قوله وقال الشافعى الخ) لانه وجب عليه الحد بالقذف لقوله تعالى فاجلدوهم الا انه يتمكن من دفعه باللعان تخفيفا عليه فاذا لم يدفع يحد وكذا المرأة اذا أبت تحد حد الزنا لان الزوج اوجب عليها الحد بلعانه ولكن تتمكن من دفعه باللعان لقوله تعالى ويدرأ عنها العذاب ان تشهد اى يدفع عنها الحد شهادتها قلنا قذف الرجل امرأته لا يوجب الحد عند اجتماع شرائط اللعان وما تلى منسوخ فى حق الزوجين بآية اللعان ولو كان موجبا لما سقط بشهادته او بيمينه لان الحقوق لا تسقط به وكذا لا يجب على المرأة الحد بشهادته او بيمينه فكيف يجب بقول الواحد الحد الذى لا يجب الا بشهادة اربعة عدول والمراد فيما تلى والله اعلم الحبس او يحتمله فلا يدل على ما قال والعجب من الشافعى انه لا يقبل شهادة الزوج عليها بالزنا مع ثلاثة عدول ثم يوجب الحد عليها بقوله وحده وان كان عبدا او فاسقا او كافرا زيلعى (قوله فان لاعن وجب عليها اللعان) ولو أخطأ القاضى فبدأ بالمرأة ينبغى ان يعيده ولو فرق قبل الاعادة جاز نهر عن البدائع وفى الغاية لو بدأ بلعانها فقد أخطأ السنة ولا يجب اعادته قال الكمال وهو الوجه شرنبلالية بقى ان يقال ظاهر كلام الشرنبلالى يقتضى جواز التفريق قبل الاعادة مطلقا ويخالفه ما فى النهر بحثا حيث ذكر ان المفرق لو كان ممن يرى ان اللعان شهادة لم ينفذ اخذا من تعليل البدائع المسئلة بان التفرقة صادفت محل الاجتهاد لانه يزعم ان اللعان ليس بشهادة بل يمين ويجوز تقديم أحد اليمينين على الاخرى انتهى (قوله وذكر الصدر الشهيد الخ) كذا فى بعض نسخ القدورى وهو غلط كما فى الزيلعى والدرر لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب بالتصديق مرة وهو لا يجب بالتصديق اربع مرات لان التصديق ليس باقرار قصدا فلا يعتبر فى حق وجوب الحد ويعتبر فى درئه فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد ولو صدقته فى نفى الولد فلا حد ولا لعان

(فان لم يصلح) الزوج (شاهدا) بان كان
عبدا او كافرا او محدودا فى قذف
(حد وان صلح) الزوج (و) الحال انها
(هى ممن لا يحد قاذفها) بان كانت
صبية او مجنونة او زانية او أمة او كافرة
او محدودة فى قذف (فلا حد عليه ولا
لعان وصفته ما نطق به النص) وهو
ان يبتدئ القاضى بالزوج فيشهد
اربع مرات بان يقول فى كل مرة

وهو ولدهما لان النسب انما ينقطع حكما باللعان فلم يوجد وهو حق الولد فلا يصدقان فى ابطاله درر عن الزيلعى قال وبه يظهر عدم صحة قول صدر الشريعة فينتفى نسب ولدها منه اه (قوله فان لم يصلح شاهدا حد) يعنى اذا كانت هى من أهل اللعان بان كانت صالحة للشهادة عليه وهو لا يصلح بان كان كافرا او عبدا أو محدودا فى قذف يجب عليه الحد لان اللعان تعذر لمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلى وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية ولا يتصور ان يكون الزوج كافرا وهى مسلمة الا اذا كانا كافرين فأسلمت ثم قذفها قبل عرض الاسلام عليه زيلعى والاصل ان اللعان اذا سقط لمعنى من جهته فلو القذف صحيحا حد والا فلا حد ولا لعان در (قوله او كافرا) يعنى وكان أهلا للقذف بان كان بالغا عاقلا ناطقا بقرينة قوله حد فلا يرد الصبى والمجنون لان الحد انما يقام على المكلف تنوير وشرحه ونهر (قوله او محدودة فى قذف) لانها ليست من اهل الشهادة فكان الامتناع لمعنى فيها فلا يوجب الحد ولو كانا محدودين فى قذف حد لان امتناع اللعان لمعنى من جهته اذ هو ليس من أهله وكذا اذا كان هو عبدا وهى محدودة فى قذف يحد لما ذكرنا بخلاف ما اذا كانا كافرين أو مملوكين حيث لا يجب عليه الحد وان امتنع من جهته لان قذف الامة أو الكافرة لا يوجب الحد وقذف المحدودة يوجب الحد اذا كانت عفيفة حتى لو قذفها أجنبى يحد فكذا الزوج ولو قذف الامة أو الكافرة لا يحد فكذا الزوج فصار كما لو كانا صغيرين أو مجنونين ثم الاحصان يعتبر عند القذف حتى لو قذفها وهى أمة أو كافرة ثم أسلمت أو اعتقت لا يجب الحد ولا اللعان زيلعى (قوله فلا حد ولا لعان) ذكر فى الدر المختار عقب قول المتن وان صلح وهى ممن لا يحد قاذفها فلا حد ولا لعان ما نصه لكنه يعزر حسما لهذا الباب وظاهر اطلاقه انه يعزر وان لم تكن عفيفة عن الزنا فليحرر (فروع) يسقط اللعان بعد وجوبه بالطلاق البائن ثم لا يعود بتزوجها بعده وكذا يسقط بزناها ووطئها بشبهة وبردتها ولا يعود لو أسلمت بعده ويسقط بموت شاهد القذف وغيبته لا لو عمى الشاهد أو فسق أو ارتد ولو قال لزوجته زنيت وأنت صبية أو مجنونة وهو أى الجنون معهود فلا لعان لاسناده لغير محله بخلاف وأنت ذمية أو أمة أو منذ أربعين سنة وعمرها اقل حيث يتلاعنان تنوير وشرحه ومنه يعلم اشتراط دوام الصلاحية من حين القذف الى التفريق وانظر ما وجه الفرق بين قوله وأنت ذمية أو أمة اذا كان ذلك معهودا وبين قوله وأنت صبية أو مجنونة اللهم الا أن يحمل على ما اذا لم يكن ذلك معهودا بأن كانت حرة مسلمة من الاصل ثم ظهر أن كونها ذمية أو رقيقة لا ينافى لحوق الشين والتكليف فيجب اللعان ويجب أيضا فى الاسناد لما قبل الوجود لانه كذب بديهة واعلم أن وجه عدم سقوط اللعان اذا ارتد شاهد القذف هو ان عوده الى الاسلام مرجو حتى لو مات أو قتل على ردته سقط بخلافه فى جانب العمى والفسق حتى لو قضى القاضى على الزوج باللعان اذا أنكر القذف بشهادة الاعمى أو الفاسق صح لانهما من أهل الشهادة كما ذكره الشارح فيما سبق لكن سقوط اللعان بغيبة شاهد القذف يشكل بما اذا ارتد فكان الظاهر عدم سقوطه أيضا بالغيبة ما دام حضوره مرجوا فلينظر ما المانع لها من طلب اللعان بعد حضوره (قوله وصفته ما نطق به النص) اى نص الشارع يعم الكتاب والسنة نهر واقتصر العينى على قوله أى نص القرآن واعلم أن سبب نزول الآية أن هلال بن امية لما رمى زوجته بالشريك بن السحماء جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال غبت عن امرأتى سنتين فلما رجعت وجدت على بطن امرأتى الشريك يزنى بها فقال له عليه الصلاة والسلام ائت بأربعة شهود والا تجلد على ظهرك فقال هلال رأيت بعينى يا رسول الله وأعاد هذه المقالة ثم قال وانى لارجو من الله أن يجعل لى مخرجا فأنزل الله هذه الآيات فدل ذلك على أن اللعان قائم مقام حد القذف فى حق الزوج حيث لم يجلد هلال بقذفه ثم الدليل على أنه قائم مقام حد الزنا فى جانب المرأة ان هلالا لما رماها بالشريك بن السحماء قال صلى الله عليه وسلم ان جاءت به أحمر على نعت كذا فهو أى الولد لهلال وان جاءت به أسود جعدا جماليا فهو لشريك فجاءت به على النعت المكروه فقال عليه السلام

لولا الایمان سبقت لکان لی ولها شان درر وهلال هذا صحابی ابن امیة بن عامر بن قیس أحد الثلاثة
الذین تاب الله علیهم وذکرهم فی سورة براءة وهم هلال بن أمیة وکعب بن مالك وابن الربیع شیخنا عن
تهذیب الاسماء والمراد من کونه جعدا ان لا یکون شعره مسترسلا نقله شیخنا عن الصحاح ومن کونه
جمالیا أن یکون ضخم الاعضاء نقله شیخنا أیضا عن عزمی زاده معزیا الی الطلبة وهو بضم الجیم وتشدید
المیم کما فی نهایة ابن الاثیر وضبطه الوانی بتخفیف المیم والسحماء بالسین المفتوحة وحاء ساکنة مهملتین
بالمدّ وهی أمه وأم البراء بن مالك (قوله أشهد بالله انی لمن الصادقین الخ) یتأمل فی عدول صاحب الدرر
عن متابعة ما نطق به النص فحذف بعض المؤکدات حیث أسقط لام الابتداء من قوله انی لمن الصادقین
ومن قولها انه لمن الکاذبین واقتصر فی الاول علی قوله أشهد بالله أنی صادق وفی الثانی علی قوله أشهد
بالله انه کاذب ولیس صوابا شرنبلالیة (قوله ویقول فی الخامسة لعنة الله علیه الخ) واللعن نوعان
أحدهما الطرد عن رحمة الله وهذا لیس الا للکافرین والثانی الابعاد عن درجات الابرار ومقام الاخیار
وهو المراد والحاصل أن الطرد والابعاد علی مراتب فی حق العباد وأن اللعن بمعنی الیأس من الرحمة لا یجوز
حتی لکافر الا من علم بالنص أنه مات أو یموت کافرا ولا حجة للمجوز فی خبر اذا دعا الرجل زوجته الی
فراشه فأبت لعنتها الملائکة لا لما قیل یحتمل کونه من خصائص المعصوم لان الخصوصیة لا تثبت
بالاحتمال بل لان ذلك لیس من لعن المعین اذ التعیین انما یحصل باسم أو اشارة ولعن الملك لیس من
ذلك بل من اللعن بالوصف کان یقول اللهم العن من باتت هاجرة فراش زوجها شیخنا عن المناوی
معزیا الی شرح الهدایة أی هدایة الحدیث (قوله غضب الله علیها) وخصت المرأة بالغضب دون
اللعن لانها تکثره کما جاء فی السنة فلا تبالی به اذ ورد فی الحدیث انکن تکثرن اللعن وتکفرن العشیر
درر ولو وجد بینة علی صدقه بعد اللعان قال فی البحر ینبغی ان لا تقبل لان القذف أخذ موجبه
وکأنها حدت للزنا فلا تحد ثانیا ولقائل أن یقول لم لا یجوز أن تقبل لیترتب علیه حل نکاحها وقد علل
فی الهدایة حل نکاحها فیما اذا أکذب نفسه فحد بأنه لما حد لم یبق أهلا للعان وهذا یتأتی هنا فانه اذا
ثبت أنها غیر عفیفة لم تبق أهلا للعان نهر (قوله وذکر فی النوادر الخ) وفی ظاهر الروایة لا یعتبر هذا
لان کلا منهما یشیر للآخر والاشارة أبلغ أسباب التعریف کذا فی الظهیریة والاشبه ان محمدا أورد کلمة
اللعن وکلمة الغضب بضمیر الغائب تحامیا عن نسبة اللعن والغضب الی نفسه بحسب الظاهر ثم أورد باقی
الصیغ علی سنن ما تقدم یعنی الخطاب ویحتمل أن یکون هذا من باب الالتفات علی مذهب السکاکی
حموی عن البرجندی (قوله لانه أقطع للاحتمال) وجه الظاهر أن ضمیر الغائب اذا اتصل به الاشارة
ینقطع الاحتمال أیضا شرنبلالیة (قوله فان التعنا الخ) ولو أکثر اللعان قیدنا بأکثر اللعان لانه لو فرق
بعد التعانهما مرتین لا تقع الفرقة ذکره الاسبیجابی فی التتارخانیة لو فرق بینهما بعد التعان الزوج قبل
التعان المرأة نفذ حکمه لکونه مجتهدا فیه مشکل ویمکن أن یقال انه قضی فی الثانی فی فصل مجتهد فیه
فینفذ لان الشافعی قائل بوقوع الفرقة بلعان الزوج فقط بخلافه فی الاول وعلی هذا فیجب أن یقید
القاضی بالمجتهد نهر وفی قوله یجب أن یقید القاضی بالمجتهد نظر بل یکفی أن یکون شافعیا ثم رأیت فی
البحر بعد أن ذکر کلام التتارخانیة قال وینبغی أن یقید بغیر القاضی الحنفی أما هو فلا ینفذ انتهی وهو
نص فیما ذکرناه (قوله بانت بتفریق الحاکم) مقتضی التعبیر بالحاکم أن المراد به ما هو الاعم من
القاضی والظاهر من کلام الشارح حیث فسره بالقاضی والیه یشیر کلام البحر والزیلعی أن المراد به
خصوصه ولو زالت أهلیة اللعان فی هذه الحالة بما لا یرجی زواله بأن أکذب نفسه أو قذف أحدهما
انسانا فحد وخرس أحدهما أو وطئت وطئا حراما لم یفرق بینهما بخلاف ما لو جن أحدهما حیث یفرق
لانه یرجی زواله ولو تلاعنا فغاب أحدهما ووکل بالتفریق یفرق کذا فی التتارخانیة وهو ظاهر فی أنه
اذا لم یوکل ینتظر نهر وظاهره أنه انما یفرق بینهما بعد الطلب ولیس کذلك لتصریحه هو بأن التفریق

غیر

أشهد بالله انی لمن الصادقین فیما رمیتها
به من الزنا ویقول فی الخامسة لعنة الله
علیه ان کان من الکاذبین فیما رماها
به من الزنا یشیر الیها فی جمیع ذلك
ثم تشهد المرأة أربع مرات بان تقول
فی کل مرة اشهد بالله انه لمن الکاذبین
فیما رمانی به من الزنا وتقول فی
الخامسة غضب الله علیها ان کان
من الصادقین فیما رمانی به من
الزنا وذکر فی النوادر عن الحسن
عن أبی حنیفة النعمان انه لا بد
من أن یقول انی لمن الصادقین
فیما رمیتك به من الزنا وهی تقول
انت من الکاذبین فیما رمیتنی به من
الزنا لانه اقطع للاحتمال (فان التعنا
بانت بتفریق الحاکم) ای القاضی

غیر متوقف علی رضاهما وفی الخزانة لو سألا من القاضی أن لا یفرق بینهما فله أن یفرق حموی عن
البرجندی واعلم أن النکاح وان کان باقیا قبله الا أنه یحرم علیه وطؤها لخبر المتلاعنان لا یجتمعان أبدا
نهر عن الفتح (قوله حتی لو مات أحدهما الخ) ولو ظاهر منها فی هذه الحالة أو طلقها أو آلی منها صح
لبقاء النکاح زیلعی (قوله وعند الشافعی تقع الفرقة بنفس لعان الزوج) ویتعلق بلعانه عنده أربعة
أشیاء قطع النسب وسقوط الحد عنه ووجوب الحد علیها وثبوت الفرقة بینهما وله فی الفرقة ان الزوج
لما شهد علیها بالزنا أربع مرات وأکد ذلك باللعان فالظاهر أنهما لا یأتلفان فلم یکن فی بقاء النکاح
فائدة فینفسخ ولنا حدیث العجلانی أنه لاعن امرأته فلما فرغا من لعانهما قال کذبت علیها یا رسول الله
ان أمسکتها فطلقها ثلاثا فلو کانت الفرقة تقع بلعانه کما قال الشافعی أو بلعانهما کما قال زفر لانکر
علیه صلی الله علیه وسلم بل ورد من روایة أبی داود فطلقها ثلاث تطلیقات فأنفذه علیه الصلاة والسلام
ولهذا قال عمر المتلاعنان یفرق بینهما ومن العجب أن الشافعیة تعلقت بحدیث العجلانی المتقدم لاباحة
ارسال الثلاث جملة حیث لم ینکر علیه صلی الله علیه وسلم ثم ینکرون وقوع الطلاق علیها هنا زیلعی وقوله
ویتعلق بلعانه عنده وجوب الحد علیها یعنی اذا صدقته کما سبق (قوله وعند زفر بمجرد لعانهما) لقوله
علیه الصلاة والسلام المتلاعنان لا یجتمعان ابدا زیلعی وقد عرف جوابه (قوله ثم تکون الفرقة تطلیقة
بائنة) ولها النفقة والسکنی ما دامت فی العدة بحر عن التتارخانیة (قوله وان قذف بولد نفی القاضی
نسبه) بشرط أن یکون العلوق فی حال یجری بینهما اللعان حتی لو علقت وهی أمة أو کافرة ثم اعتقت
أو أسلمت لا ینفی ولا یلاعن لان نسبه کان ثابتا علی وجه لا یمکن قطعه فلا یتغیر بعده زیلعی قال فی
البدائع لوجوب قطع النسب شرائط منها التفریق ومنها أن یکون القذف بالنفی بحضرة الولادة او بعده
بیوم أو یومین ومنها أن لا یسبق النفی من الزوج ما یکون اقرارا منه بنسب الولد ومنها أن یکون
الولد حیا وقت قطع النسب ومنها أن لا یکون نسب الولد محکوما بثبوته شرعا کما اذا نفاه ولم یتلاعنا حتی
قذفها أجنبی بالولد فحد فانه یثبت نسبه منه ولو جاءت بولد آخر من الغد بعد ما نفی الاول لزمه الولدان حموی
(قوله وألحقه بامه) خرج مخرج التوکید نهر (قوله وذکر فی شرح الهدایة هذا صحیح) اذ لیس من ضرورة
التفریق نفی النسب نهر اذ قد یفرق بینهما ولا ینتفی نسب الولد عنه بأن وقع القذف بعد موت الولد حموی
(قوله أما فی حق فساد دعوة النسب الخ) یعنی لو ادعی آخر نسب هذا الولد الذی نفاه عنه القاضی لا تصح
دعوته لان النسب منه باق بالنسبة الی الدعوة هذا ولا یخفی علیك أن فی الکلام حذف الفاء فی جواب
اما وهو نادر حموی وفی الدرر لا تصح دعوة غیر النافی وان صدقه الولد قال البهنسی الا أن یکون ممن یولد مثله
لمثله أو ادعاه بعد موت الملاعن انتهی (قوله وکذا فی حق امتناع أداء الزکاة الخ) والقصاص أیضا نهر
وهو باطلاقه شامل لما لو قتل النافی ذلك الولد أو ورث ذلك الولد قصاصا علی النافی (قوله فان أکذب
نفسه) ای أکذب نفسه بعد اللعان فان کان قبله ینظر فان لم یطلقها قبل الاکذاب فکذلك وان
أبانها ثم أکذب نفسه فلا حد ولا لعان زیلعی وسواء کان الاکذاب باعترافه أو ببینة أو دلالة بأن
مات الولد المنفی عن مال فادعی نسبه نهر ثم قوله فان أکذب نفسه لیس تکرارا بما تقدم من قوله حبس
حتی یلاعن أو یکذب نفسه فیحد لان ذاك فیما قبل اللعان وهذا فیما بعده شرنبلالیة وقوله وان أبانها
ثم أکذب نفسه فلا حد ولا لعان لان المقصود من اللعان التفریق به بینهما فلا یتأتی بعد البینونة
ولا یجب علیه الحد لان قذفه کان موجبا للعان فلا ینقلب موجبا للحد لان القذف الواحد لا یوجب
حدین بخلاف ما اذا أکذب نفسه بعد اللعان لان وجوب اللعان تم بالقذف الاول زیلعی (قوله حد)
لاقراره بوجوب الحد علیه وهذا اذا کان بعد اللعان کما اقتضاه کلامه لیس للقذف الاول لانه أخذ
موجبه یعنی الذی هو اللعان بل لانه نسبها فی کلمات اللعان الی الزنا وهو شهادة وشهود الزنا اذا رجعوا
یحدون نهر (قوله وله أن ینکحها) والحد لیس قید الحل تزوجه بها قال فی النهر وکذا اذا لم یحد او صدقته

حتی لو مات احدهما بعد الفراغ من اللعان
قبل التفریق توارثا عند علمائنا الثلاثة
وعند الشافعی تقع الفرقة بنفس
لعان الزوج وعند زفر بمجرد لعانهما
ثم تکون الفرقة تطلیقة بائنة عندهما
وعند ابی یوسف والشافعی هو
تحریم مؤبد (وان قذف بولد نفی
القاضی نسبه والحقه بامه) اذا نفی
فی حالة الولادة او نحوها کما یأتی وصورة
هذا اللعان ان یأمر الحاکم الرجل فیقول
اشهد بالله انی لمن الصادقین فیما رمیتك
به من نفی الولد وکذا فی جانبها فتقول
اشهد بالله انه لمن الکاذبین فیما رمانی
به من نفی الولد ولو قذفها بالزنا ونفی
الولد ذکر فی اللعان أمرین الزنا ونفی الولد
ثم نفی الولد ضمنا للقضاء بالتفریق
وینبت نفی الولد فان القاضی یفرق
وعن ابی یوسف وأخرجه من
ویقول قد الزمته امه وأخرجه من
نسب الاب حتی لو لم یقل ذلك لا ینتفی
النسب عنه وذکر فی شرح الهدایة هذا
صحیح ثم ان النسب ینتفی فی حق التوارث
واستحقاق النفقة اما فی حق فساد
دعوة النسب باق اجماعا وکذا فی حق
امتناع اداء الزکاة والشهادة وحرمة
المناکحة کذا فی الحواشی (فان اکذب)
الزوج (نفسه) بعد اللعان (حد) حد
القذف (وله ان ینکحها

شرنبلالية (قوله خلافا لابى يوسف والشافعى) لان الفرقة باللعان تحريم مؤبد عندهما وعند الامام ومحمد طلقة بائنة وثمرة الخلاف تظهر فى حل التزوج بها بعدما اكذب نفسه أونحوه كتصديقها وقوله عليه السلام المتلاعنان لايجتمعان أبدا اى مادامامتلاعنين (قوله وكذا ان قذف غيرها فحد) لخروج القاذف بعد الحد عن أهلية اللعان نهر لان المنع من تزوجه بها لاجل الاهلية حتى لايقذفها مرة اخرى فيلتعنان فاذا بطلت الاهلية أمن من ذلك فيجتمعان وهذا لان اللعان لم يشرع فى العمر بين الزوجين الامرة فلو ابيح له التزوج بها والاهلية باقية لادّى الى وقوعه مرارا واذا بطلت لم يؤدّ فجاز زيلعى (قوله أوزنت فحدت) كان الفقيه المكى يقول زنت بتشديد النون أى نسبت غيرها الى الزنا وهو القذف فعلى هذا يكون ذكر الحد فيه شرطا على مابينا فزال الاشكال بقى أن على ماهو الظاهر من قراءة زنت بالتخفيف لايتصور أن يتزوجها بعدمازنت وحدت لان حدها الرجم لكونها محصنة لان اللعان لايجرى الا بين محصنين أو يحمل على ما اذا لاعنها قبل الدخول بها أو كانت كافرة أوأمة أوصغيرة أومجنونة فزال ذلك وصارت محصنة ولم يقربها بعدماصارت محصنة حتى قذفها فانه يلاعن بينهما ولاترجم اذازنت لعدم شرطه وهو الدخول بها وهما على صفة الاحصان زيلعى قال العلامة الغنيمى وظاهره أن من وجب رجمها لايصح نكاحها لعدم تصوره مع أنه متصور بأن يعقد عليها قبل الموت بالرجم ويترتب عليه الارث ونحوه فليحرر بالنقل انتهى وفى كون ظاهر كلام الزيلعى ذلك نظر ظاهر حموى وقول الفقيه المكى فعلى هذا يكون ذكر الحد فيه شرطا على مابينا فزال الاشكال وجه الاشكال كماسيأتى فى كلام الشارح ان زناها من غير حد يسقط به احصانها فلاحاجة الى ذكر الحد بخلاف القذف لانه لايسقط به الاحصان حتى تحد فلابد من ذكر الحد فيه وسيأتى جوابه (قوله ولا لعان بقذف الاخرس) لانه قائم مقام حد القذف وقذفه لايعرى عن شبهة والحدود تدرأ بها درر وكذا لاحد شرنبلالية عن شرح المجمع وكذا لايثبت اللعان بكتابته لان الكتابة بمنزلة ماليس بصريح من الناطق فصار شبهة وكذا اذا كانت المرأة خرساء لجواز التصديق لو كانت تنطق والحد لايثبت بالشبهة فكذا اللعان غاية ولو خرس أحدهما بعد اللعان قبل التفريق فلا تفريق ولا حد كمالو ارتدا او اكذب نفسه بحر (قوله وقال الشافعى عليه اللعان) لان اشارته كالصريح ولنا ماسبق من انه قائم مقام حد القذف فى حقه وقذفه لايعرى عن شبهة والحدود تدرأ بها (قوله ونفى الحمل) لان قيامه عند النفى غير معلوم لاحتمال كونه انتفاخا درر (قوله بأن قال ليس حملك منى مطلقا) أى سواء وضعته لاقل من ستة أشهر أولا فلا لعان لاقبل الوضع ولابعده (قوله وعندهما يلاعن بنفى الحمل الخ) لانا تيقنا بقيام الحمل عند القذف فيتحقق القذف فصار كنفيه بعد الولادة زيلعى قال شيخنا وجوابه من طرف الامام أن يقال يكفى فى شبهة كونه انتفاخا حال قيام الحمل وان ظهر عدمها أى عدم الشبهة بوضعه لاقل المدة ثم رأيته بحمد الله فى الدر قال لعدم تيقنه عند القذف ولو تيقناه بولادتها لاقل المدة يصير كانه قال ان كنت حاملا فكذا والقذف لايصح تعليقه بالشرط انتهى ولهذا قلنا يصح عتق الحمل لصحة تعليقه بالشرط وأما ردّ المبيعة بعيب الحبل فلظهوره وكونه ربحا شبهة والرد به يثبت معها نهر (قوله وعند الشافعى يلاعن قبل الوضع) لحديث هلال بن أمية أنه عليه السلام لاعن بينه وبين امرأته وكان قذفها وهى حامل بدليل قوله عليه السلام ابصروها فان جاءت به أصهب أريصح اثيبج حمش الساقين فهو لهلال وان جاءت به أورق جعدا جماليا اكحل سابغ الاليتين خدلج الساقين فهو لشريك بن سحماء قلنا لعان هلال كان لقذفها بالزنى لابنفى الحمل لانه شهد عليها بالزنا عنده عليه السلام كذا ذكره أحمد بن حنبل فلا يلزم حجة يحققه أنه لو كان بنفى الحمل لنفاه عليه السلام عن أبيه أشبهه أم لم يشبهه كما لو تلاعنا بنفيه بعد الولادة فانه ينفى كيفما كان ولا ينظر الى الشبه زيلعى فتحصل من كلام الزيلعى أنه عليه السلام ما الحق الولد بامه وقت التلاعن بل بعد وضعه وبعد العلم بأنه لم يشبه أباه ويخالفه مافى شرح العينى من أنه عليه السلام لاعن

(وكذا) خلافا لابى يوسف والشافعى (وكذا) له ان ينكحها بعد اللعان (ان قذف غيرها فحد او زنت فحدت) وفى قوله فحدت نظر لان الزنا يخرجها من اهلية اللعان فلا حاجة الى تقييده بالحد والجواب عنه انه محمول على ترك الكاتب وانما هو او زنت او قذفت فحدت لان القذف لايخرجها عن اهلية اللعان وانما تخرج عنها بالحد وهو يوافق المذكور فى المبسوط والجامع الكبير وشرح مختصر الكرخى وشرح الطحاوى او نقول التقييد بحدت اتفاقى ليس بمقصود اصلى (ولا لعان بقذف الاخرس) بان أشار وقال الشافعى عليه اللعان (ونفى الحمل) أى لا لعان بنفى الحمل بان قال ليس حملك منى مطلقا عند أبى حنيفة وعندهما يلاعن بنفى الحمل اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر وعند الشافعى يلاعن قبل الوضع

بين هلال وبين امرأته وهى حامل وألحق الولد بها والظاهر ان الرواية عنه عليه السلام قد اختلفت ويوافق كلام العينى ماسيأتى عن النهر (تتمة) الاريصح تصغير الارصح وهو الناتئ الاليتين ويجوز بالسين هكذا قال الهروى والمعروف فى اللغة ان الارسح والارصح هو الخفيف لحم الاليتين وربما كانت الصاد بدلا من السين والاصيهب تصغير الاصهب الذى يعلو لونه صهبة وهى كالشقرة قاله الخطابى والمعروف ان الصهوبة مختصة بالشعر وهى حمرة يعلوها سواد والاثيبج تصغير الاثبج وهو الناتئ الثبج اى مابين الكتفين والكاهل ورجل اثبج ايضا أى عظيم الجوف وحمش الساقين اى دقيقهما يقال رجل حمش الساقين واحمش الساقين وسابغ الاليتين اى تامهما والجمالى بالتشديد الضخم الاعضاء التام الاوصاف يقال ناقة جمالية مشبهة بالجمل عظما وبدانة وخدلج الساقين أى عظيمهما والاكحل من الكحل بفتحتين سواد فى أجفان العين خلقة والرجل اكحل وكحيل شيخنا عن نهاية اللغة لابن الاثير والاورق أى اسمر ونقل عن نهاية ابن الاثير أيضا ان الجعد فى صفات الرجال يكون مدحا وذما فالمدح معناه ان يكون شديد الاسر او يكون جعد الشعر وهو ضد السبط لان السبوطة اكثرها فى شعور العجم واما الذم فهو القصير وقد يطلق على البخيل أيضا يقال هو جعد اليدين ويجمع على جعاد انتهى (قوله وتلاعنا بزنيت الخ) لوجود القذف منه صريحا زيلعى (قوله ولكن لم ينف القاضى الحمل) لعدم ترتب الاحكام عليه قبل ولادته ونفيه عليه السلام ولد هلال وقد قذف زوجته حاملا لعلمه بالوحى نهر وهذا يلائم ماسبق عن العينى (قوله وقال الشافعى ينفيه) لانه عليه السلام نفى ولد هلال وقد قذفها حاملا وجوابه علم مما قبله فلا نعيده (قوله ولو نفى الولد) الخ ردمحتار (قوله عند التهنئة) بالهمز من هنأته بالولد بالتثقيل نهر وهى قول الناس عند الميلاد أقر الله عينك حموى أى لو نفى ولد امرأته فى الحالة التى تقبل التهنئة فيها زيلعى وقوله تقبل التهنئة فيها قال فى النهاية على بناء المفعول لا الفاعل لانه لو قبل الاب التهنئة ثم نفى لايصح نفيه واعلم انه لم يقدر لمدة التهنئة مقدار فى ظاهر الرواية بل ماجرت به العادة وماورد عن الامام من تقديرها بثلاثة أيام أو بسبعة ضعفه السرخسى بان نصب المقادير بالرأى لايجوز نهر (قوله آلة الولادة) قال العينى الاولى أن يفسر بالكرسى الذى تلد عليه المرأة ونحوه كشراء مايشترى حال الولادة (قوله صح نفيه) ودل كلامه أنه لو اقر به صريحا او دلالة بان قبل التهنئة اوسكت عندها ثم نفاه لايصح نهر ولونفى نسب ولد المعتدة عن بائن لاينتفى اصلا لعدم اللعان درمن باب الاستيلاد وفيه ايماء الى انه متى سقط اللعان بوجه لم ينتف نسبه ابدا سواء وجب عليه الحد ام لا وولد المملوكة اذا هنئ به فسكت لايكون قبولا شرنبلالية عن شرح المجمع (قوله وبعده لايصح نفيه مطلقا) ويثبت نسبه لان تقادم العهد دليل الالتزام والاطلاق فى مقابلة ماسيأتى عن الصاحبين من ان نفيه فى مدة النفاس يصح (قوله ولاعن فيهما) أى فيما اذا صح نفيه وفيما اذا لم يصح لوجود القذف بنفى الولد درر (قوله فى مدة النفاس) لانها كحال الولادة من حيث انها لاتصوم ولاتصلى زيلعى (قوله فى مقدار مدة النفاس بعد القدوم) كذا فى الفتح وقال فى شرح المجمع وعندهما ان بلغه الخبر فى مدة النفاس فكذلك اى هو كوقت الولادة وان بلغه بعدها فعند أبى يوسف له أن ينفيه الى سنتين وعند محمد الى أربعين يوما شرنبلالية (قوله اول التوءمين الخ) ولو نفاهما ثم مات احدهما قبل اللعان لزماه لان الميت لايمكن نفيه زيلعى والتوءم فوعل والانثى توءمة والاثنان توءمان بحر عن المصباح ولو جاءت بثلاثة فى بطن واحد فنفى الثانى واقر بالاول والثالث لاعن وهم بنوه ولو نفى الاول والثالث واقر بالثانى يحد وهم بنوه كموت أحدهم تنوير وشرحه عن الشمنى (فرع) نفى نسب التوءمين ثم مات احدهما عن اخيه المنفى وأخ لامه وامه فالارث أثلاث فرضا وردا للام السدس وللاخوين الثلث والنصف الباقى يرد عليهم كذا فى شرح التلخيص وبه عرف ان نفيه يخرجه عن كونه عصبة نهر واعلم انه فى صورة ما اذا اقر بالاول ونفى الثانى اذا قال بعده هما ابناى اوليسا بابنى فلا حد فيهما بحر عن فتح القدير (فرع) الاقرار بالولد الذى ليس منه حرام

(وتلاعنا بزنيت) اى ان قال لها زنيت (وهذا الحمل منه) أى من الزنا تلاعنا (و) لكن (لم ينف) القاضى (الحمل) وقال الشافعى ينفيه (ولو نفى الولد عند التهنئة) أو عقب الولادة (وابتياع آلة الولادة صح) نفيه (وبعده) أى بعد المذكور من التهنئة والشراء (لا) يصح نفيه مطلقا ويثبت نسبه (ولاعن فيهما) وقال أبو يوسف ومحمد يصح نفيه فى مدة النفاس وان كان غائبا عن امرأته ولم يعلم بالولادة حتى قدم له النفى عند أبى حنيفة فى مقدار مايقبل التهنئة وعندهما فى مقدار مدة النفاس بعد القدوم (وان ولدت ولدين فى بطن واحد و) نفى (أول التوءمين) وأقر واعترف (بالثانى) منهما

كالسكوت لاستلحاق نسب من ليس منه درعن البحر قال وفيه متى سقط اللعان بوجه ما وثبت النسب بالاقرار او بطريق الحكم لم ينتف نسبه ابدا فلو نفاه ولم يلاعن حتى قذفها اجنبى بالولد فحد فقد ثبت نسب الولد ولا ينتفى بعد ذلك (قوله حد الزوج) لانه اكذب نفسه بدعوى الثانى (قوله لانهما خلقا من ماء واحد) وثبوت نسب الذى اقر به يستلزم ثبوت نسب الآخر نهر ونفى احدهما وان استلزم نفى الآخر الا ان النفى بعد الاقرار غير معتبر والاقرار بعد النفى يعتبر حموى عن البرجندى (تتمة) اجتمع شرائط اللعان فى الزوجين ثم طلقها بائنا او ثلاثا سقط ولم يجب الحد لان شرطه قيام الزوجية فاذا انتفت انتفى كذا لو تزوجها بعد ذلك اى بعد الابانة لان الساقط لا يعود كذا فى الدرر والاولى ابدال قوله كذا لو تزوجها بعد ذلك بقوله ولا يعود اللعان بتزوجه بها الخ لان تزوجه بها انما يكون بعد زوال الاهلية بنحو اكذابه نفسه او تصديقها على ما عرف والتقييد بالبائن للاحتراز عن الرجعى كما صرح به فى الدرر رحمه الله لبقاء أصل الزوجية فيجرى اللعان بينهما بعد الرجعى

(باب العنين والمجبوب والخصى)

شروع فى بيان من به مرض له تعلق بالنكاح نهر وهو فعيل بمعنى مفعول جمعه عنن وفى الدرر عن البحر المجبوب كالعنين الا فى مسئلتين التأجيل ومجىء الولد انتهى والاستثناء بالنظر لبطلان التفريق وعدمه لا بالنظر لثبوت نسب الولد اذ لا فرق بينهما فيه (قوله من عن اذا حبس) بالبناء للمفعول وعن الرجل عن امرأته اذا حكم القاضى عليه بذلك زيلعى وهو بالبناء للمفعول بحر عن الجوهرى ونصه عن الرجل تعننا بالبناء للمفعول (قوله حظيرة الابل) تعمل للابل من شجر لتقيها البرد والريح والمحتظر بالكسر الذى يعملها شيخنا عن المختار (قوله اومن عن اذا عرض) كذا فى الزيلعى والذى فى النهاية من نسخة معتمدة اذا اعرض من الاعراض وما ذكره الشارح مأخوذ من النهاية بحر وفيه ولا يستقيم المعنى الا اذا كان مأخوذا من المزيد شيخنا (قوله لانه يعن) اى العنين اى ذكره حموى وبابه ضرب (قوله ولا يقصده) اى المأتى الآتى ذكره ففى كلامه رجوع الضمير على متأخر لفظا ورتبة وهو لا يجوز ويمكن ان يقال الضمير راجع للمأتى المفهوم من الاتيان حموى وقصد من باب ضرب (قوله وقيل الخ) يتأمل الفرق بينه وبين سابقه غنيمى اقول الفرق اظهر من نار على علم لان فى الاول لم يعتبر استرخاء الذكر وفى الثانى اعتبر حموى (قوله فالعنين) كذا فى بعض النسخ وفى بعضها فهو العنين وهو الظاهر حموى وفيه نظر ظاهر (قوله من لا يصل الى النساء) اى الى جماعهن فى القبل وليس منه من قصرت آلته بحيث لا يمكن ادخالها داخل الفرج نهر عن المحيط واذا انتفى كونه عنينا فما حكمه والظاهر ان حكمه حكم المجبوب حموى لكن فى الدر عن البحر اذا كان ذكره قصيرا لا يمكن ادخاله داخل الفرج فليس لها الفرقة انتهى ولو أولج الحشفة فقط فليس بعنين وان كان مقطوعها فلا بد من ايلاج بقية الذكر ولو انزل قبل ادخالها ثم لم تنتشر آلته بعد فهو عنين قيدنا بالقبل لانه لو قدر على ادخاله فى الدبر فقط كان عندنا خلافا لابن عقيل فانه يقول الدبر اشد من القبل نهر عن المعراج (قوله اوالى بعض النساء دون بعض) او يأتى الغلمان دون النساء الحسان حموى (قوله اولسحر) فان السحر عندنا حق وجوده واثره وتصوره حموى عن شرح المجمع للصدر الشهيد (قوله وجدت زوجها مجبوبا) يعنى الحرة البالغة الخالية عن الرتق نهر ويلحق بالمجبوب ما اذا كان ذكره صغيرا جدا كالزر بخلاف ما اذا كان قصيرا لا يمكن ادخاله داخل فرجها فانه لا خيار لها واطلق الزوج المجبوب فشمل الصغير والمريض بخلاف العنين حيث ينتظر بلوغه أو برؤه لاحتمال الزوال واراد بالمراة من لها حق المطالبة لانها لو كانت صغيرة انتظر بلوغها فى المجبوب والعنين لاحتمال رضاها بخلاف ما اذا كان احدهما مجنونا فانه لا يؤخر الى عقله فى الجب والعنة ويفرق بينهما للحال فى الجب وبعد التأجيل فى العنين

لان

(حدّ) الزوج لانه اكذب نفسه (وان عكس) بان أقر باول التوءمين ونفى الثانى (لاعن) لانه قاذف بنفى الثانى ولم يرجع عنه (وثبت نسبهما فيهما) أى فى المسئلتين لانهما خلقا من ماء واحد والله أعلم

(باب العنين والمجبوب والخصى)
العنين هو الذى لا يقدر على اتيان النساء من عنّ اذا حبس فى العنة وهى حظيرة الابل أو من عنّ اذا عرض لانه يعنّ يمينا وشمالا ولا يقصده وقيل سمى عنينا لان ذكره يسترخى فيعن يمينا وشمالا ولا يقصد المأتى من المرأة فالعنين (هو من لا يصل الى النساء) مع قيام الآلة (أو يصل الى الثيب دون الابكار) أو الى بعض النساء دون بعض وانما يكون ذلك لمرض أو لضعف فى خلقته أو لكبر سنه أو لسحر فهو عنين فى حق من لا يصل اليها اذا (وجدت زوجها مجبوبا) أى

لان المجنون لا يعدم الشهوة بخصومة ولى ان كان والا فمن ينصبه القاضى بحر (قوله والخصيتين) بضم الخاء شيخنا (قوله من الجب وهو القطع) وبابه قتل بحر عن المصباح (قوله فرق القاضى بينهما فى الحال) ان طلبت لكن لا يقيد كونه على فور علمها به حتى لو اقامت معه زمانا وهو يضاجعها كانت على خيارها ما لم تعلم بحاله وقت العقد أو علمت به ولم ترض نهر فسكوت امرأة العنين ليس برضا وان اقامت معه سنين حموى عن شرح ابن الشلبى ويشترط وقت الحكم بالفرقة حضور الزوج حموى عن البرجندى وكذا تكون على خيارها لو رفعته الى قاض فاجله سنة ومضت السنة ولم تخاصم تنويرا الا ان ترضى به ولو عند غير القاضى فانه يسقط حقها بحر عن الخلاصة ولو جاءت امرأة المجبوب بولد بعد التفريق الى سنتين ثبت نسبه ولا يبطل تفريق القاضى بخلاف العنين حيث يبطل تفريقه لانه لما ثبت نسبه لم يبق عنينا غاية وفيه نظر لانه وقع الطلاق بتفريقه وهو بائن فكيف يبطل الا ترى انها لو اقرت بعد التفريق انه كان قد وصل اليها لا يبطل التفريق زيلعى وجوابه ان ثبوت النسب من المجبوب باعتبار الانزال بالسحق والتفريق بينهما باعتبار الجب وهو موجود بخلاف ثبوته من العنين فانه يظهر به انه ليس بعنين والتفريق باعتباره بخلاف ما استشهد به من اقرارها فانها متهمة فى ابطال القضاء لاحتمال كذبها بحر عن فتح القدير وكذا يبطل التفريق بالبينة على اقرارها بالوصول قبل التفريق لا بعده در والمراد بالغاية فى كلام الزيلعى غاية السروجى لا الاتقانى شيخنا وفى البحر عن المحيط عنين اجله القاضى سنة وامرأته ثيب فوطئها وادعت بعد الحول انه لم يطأها وقالت حلفوه فابى ان يحلف ففرق القاضى بينهما لم يسعها ان تتزوج بآخر ولم يسعه ان يتزوج باختها انتهى ووجه بطلان التفريق لكونه فى نفس الامر وطئها ولا يخفى ان التقييد بكونها ثيبا وقد حملت اتفاقى اذ الحكم لا يختلف ولو كانت بكرا ولم تحمل (قوله واجل القاضى سنة الخ) يشير الى انه لا عبرة بتأجيل غيره اى غير القاضى ولو قضى قاض بعدم تأجيله لم ينفذ قضاؤه شرنبلالية عن البحر ويؤجل من وقت الخصومة ما لم يكن صبيا أو مريضا او محرما فبعد بلوغه وصحته واحرامه ولو مظاهرا لا يقدر على العتق اجل سنة وشهرين در (قوله أوخصيا) بفتح الخاء فعيل بمعنى مفعول ومصدره الخصاء بالمد والكسر وهذا اذا لم ينتشر ذكره فان انتشر فلا خيار لها وعطفه على العنين من عطف الخاص على العام لخفائه وان كان باو لان الفقهاء يتسامحون فى ذلك نهر ولا درى ما فائدة هذا الجواب على ان التسامح لا يقال فيما هو خطأ حموى ولو قال الشيخ الكبير لا ارجو الوصول اليها او كان خنثى يبول مبال الرجال أجل أيضا وفى كلامه ايماء الى دفع ما عن الهند وانى من انه يؤتى بطشت فيه ماء بارد فيجلس فيه العنين فان تقلص ذكره وانزوى علم انه لا عنة به والا علم انه عنين اذ لو اعتبر هذا لزم ان لا يؤجل نهر وفيه نظر فان هذه علامة تفيد الظن لا اليقين ولا يلزم منها عدم صحة التأجيل حموى (قوله ونزعت خصيتاه) بضم الخاء تثنية خصية وجمعها خصى مثل مدية ومدى (قوله فان وطئ فيها) أشار الشارح بتقدير فيها الى أن جواب الشرط محذوف فهو على حد قوله عليه السلام من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت وقدر الجواب فى المفتاح بقوله فهو المطلوب واعلم ان الضمير المستتر فى وطئ يعود على العنين والخصى والتقدير فان وطئ كل من العنين أو الخصى وقول العينى أو المجبوب صوابه الخصى ثم بالوطء ولو مرة واحدة يبطل التأجيل لاستيفائها حقها بمرة وما زاد فهو مستحق عليه ديانة ولهذا يأثم اذا تركها متعنتا مع القدرة عليه بخلافه فى الامة ولو مع احتياجها اليه نهر (قوله بالتفريق) اى بتفريق القاضى بينهما عند امتناعه عن تطليقها لانه وجب عليه التسريح بالاحسان حين عجز عن الامساك بالمعروف فاذا امتنع كان ظالما فناب عنه واضيف فعله اليه وظاهر ان تطليقه اياها لا يقال فيه تفريق فقول العينى اى تفريق الزوج او القاضى فيه مؤاخذة ظاهرة نهر (قوله متعلق بالجميع) اى فرق واجل وبانت فيعم امرأة المجبوب ولو مجنونة بطلب وليها او من نصبه القاضى در فما فى العينى من قوله ان طلبت المرأة التفريق فيه قصور لايهامه انه متعلق بالتفريق فقط وطلب وكيلها بالتفريق عند غيبتها كطلبها على

مقطوع الذكر والخصيتين من الجب وهو القطع (فرق) القاضى بينهما (فى الحال) (وأجل) القاضى (سنة لو) كان (عنينا أو خصيا) وهو من كان له آلة قائمة ونزعت خصيتاه (فان وطئ) فيها (والا فبانت بالتفريق ان طلبت) هذا متعلق بالجميع وهذا اذا كانت حرة أما اذا كانت أمة فحق الطلب لسيدها عند أبى حنيفة

خلاف فيه واطلقه فشمل ما اذا طالبت على التراخى اولا وكذا لو خاصمت ثم تركت مدة فلها الطلب ولو طاوعته فى المضاجعة تلك الايام بحر عن الخانية (قوله خلافا لابى يوسف) صريح فى ثبوت الخلاف بين أبى حنيفة وأبى يوسف وجعل الزيلعى أبا يوسف مع أبى حنيفة ونصه ولو كانت أمة فالخيار الى المولى عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال زفر الخيار لها لان الخيار انما يثبت لفوات حقها فى اقتضاء الشهوة وذلك حقها على الخلوص ولهما أن المقصود من الوطء فى الاصل حصول الولد لا اقتضاء الشهوة وما ركب فيهما من الشهوة حامل لهما على تحصيل الولد والولد حق المولى الخ (قوله والفرقة تطليقة بائنة) ولو التفريق بجب الصبى قال فى البحر عن المعراج وأهل الصبى هنا للطلاق فى مسئلة الجب لانه مستحق عليه كما يؤهل لعتق القريب ومنهم من جعله فرقة بغير طلاق والاول أصح انتهى (قوله وعند الشافعى فسخ) لانه فرقة من جهتها ولنا أن هذه الفرقة من جهته لان الواجب عليه الامساك بالمعروف فاذا فات وجب التسريح بالاحسان فان فعل والا ناب القاضى منابه فكان الفعل منسوبا اليه فكان طلاقا بائنا ليتحقق دفع الظلم عنها والنكاح الصحيح النافذ اللازم لا يحتمل الفسخ زيلعى (قوله كما اختارت نفسها) ولا يحتاج الى القضاء كخيار العتق قيل وهو الاصح غاية وجعل فى المجمع الاول قول الامام والثانى قولهما وهو الاصح نهر فتحصل من تصحيح النهر أولا وثانيا أن المرجح خلاف ما مشى عليه المصنف فى المتن من توقف البينونة على التفريق واعلم أنه يتعين أن يكون عزو الشارح وقوع الفرقة كما اختارت نفسها لابى يوسف ومحمد بلفظ عندنا بان يقال وعند أبى يوسف ومحمد انها كما اختارت نفسها الخ دل عليه ما ذكره فى المجمع حيث جعل ذلك قول الصاحبين خلافا لما وقع فى بعض نسخ الشارح من قوله وعن أبى يوسف ومحمد الخ (قوله بسنة شمسية) وهى مدة وصول الشمس الى النقطة التى فارقتها من ذلك البرج وذلك فى ثلاثمائة وخمسة وستين يوما وربع يوم لان المرض يزول فيها غالبا لانه يكون لغلبة البرودة أو الحرارة أو اليبوسة أو الرطوبة وفصول السنة مشتملة عليها فالربيع حار رطب والصيف حار يابس والخريف بارد يابس والشتاء بارد رطب فاذا مضت السنة ولم يزل المرض ظهر أنه خلقى درر ولو أبدل قوله ولم يزل المرض بقوله ولم يصل لكان أولى اذ ما كان خلقيا أى أصليا لا يسمى مرضا والبروج اثناعشر الحمل والثور والجوزاء والسرطان والاسد والسنبلة والميزان والعقرب والقوس والجدى والدلو والحوت وهم منازل الكواكب السبعة السيارة جلالين فى سورة الفرقان ولو ظاهر منها لخاصمته فان كان بعد التأجيل لم يلتفت اليه لانه كان متمكنا من غشيانها والامتناع بفعله فلا يعذر وفى البحر عن الاختيار لو طلب أنه يؤجل بعد السنة ولو يوما لا يجيبه القاضى الا برضاها ولها الرجوع واختيار الفرقة انتهى (قوله وفى ظاهر الرواية بسنة قمرية) رجحه فى الواقعات واختاره صاحب الهداية وهى بالاهلة والشمسية بالايام شرنبلالية عن المواهب والتبيين لكن فى النهر عن الخلاصة الفتوى على التأجيل بالسنة الشمسية وعلله فى البحر باحتمال أن طبعه يوافق الزيادة التى فيها فكان هو المعتمد لانه الثابت عن صاحب المذهب انتهى ومنه يعلم أن ما ادعاه فى ايضاح الاصلاح من أن السنة الشمسية لم تعين فى ظاهر الرواية على ما نقله عنه السيد الحموى ولم يتعقبه غير مسلم وفى البحر عن المجتبى اذا كان التأجيل فى أثناء الشهر يعتبر بالايام اجماعا (قوله وقيل هو الاصح) ولهذا جرى عليه فى التنوير وفى الدر انه المذهب ثم حكى القول الآخر بقيل وحكى حكاية ترجيحه أيضا بقوله قيل وبه يفتى انتهى (قوله وعن شمس الائمة الحلوانى الشمسية الخ) فى المغرب السنة الشمسية ثلاثمائة وخمسة وستون يوما وربع يوم الا جزءا من ثلاثمائة جزء من يوم والقمرية ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوما وخمس يوم وسدس وفضل ما بينهما عشرة أيام وثلث وربع عشر يوم بالتقريب على رأى بطليموس حموى فكلام الشارح لا يوافق ما فى المغرب والحاصل أن المسئلة مختلف فيها ولهذا قال فى النهر وهى تزيد على القمرية أحد عشر يوما وقيل عشرة أيام وربع عشر يوم تقريبا انتهى (قوله ولا يحتسب بمرضه ومرضها) أى شهرا تاما وهو أصح الاقاويل حموى

خلافا لابى يوسف وقيل محمد مع أبى يوسف والفرقة تطليقة بائنة عندنا وعند الشافعى فسخ وعند أبى يوسف ومحمد أنها كما اختارت نفسها وقالوا فى التأجيل تقع الفرقة بينهما ابتداء التأجيل من وقت الخصومة وفى ظاهر الرواية بسنة قمرية وقيل هو الاصح وعن شمس الائمة الحلوانى الشمسية ثلاثمائة وخمسة وستون يوما وربع يوم وجزء من مائة وعشرين جزءا من اليوم والقمرية ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوما ويحتسب بايام الحيض وبشهر رمضان ولا يحتسب بمرضه ومرضها

عن الظهيرية وكذا لا يحتسب عليه مدة حجها وغيبتها وامتناعها عن مجيئها له فى السجن مع وجود خلوة به ولو لم تقبض مهرها وعن ابى يوسف ان مرضه اذا كان اقل من نصف شهر احتسب عليه وان كان اكثر لا يحتسب زيلعى وفى الملتقطات وعليه الفتوى وقال الكمال وعن محمد لو مرض فى السنة يؤجل مقدار مرضه قيل وعليه الفتوى شرنبلالية وجزم فى الدر بانه لا يحتسب عليه بمدة مرضه ومرضها مطلقا قال به يفتى وانظر هل يعوض زمنا مثل الزمن الذى لم يحتسب عليه وهو الذى يظهر لان غيره لم يوجد فيه قدرة ويمكن ان يكون له قدرة فى ذلك الفائت فيعطى له مثله كفصل شتاء عوض شتاء من خط الشيخ حسن ويلزم عليه اذا كان ما فاته بسبب المرض مثلا فى آخر سنة التأجيل ان يصير الاجل سنتين اذ لا يدرك مثل الفائت الا بعد فراغ السنة الثانية ولا يخفى بعده (قوله ولها تمام مهرها) لتصور الوطء منه والوقوف على حقيقة العنة متعذر حموى عن البرجندى واقره وأقول فى تعليله بتصور الوطء قصور لعدم تصوره من المجبوب مع ان المصرح به كمال المهر بخلوته أيضا فالمناسب ان يعلل بانها قد اتت بما فى وسعها اعنى رفع الموانع (قوله ان خلا العنين والخصى) وكذا المجبوب حموى (قوله وتجب العدة) احتياطا لتوهم شغل الرحم حموى عن البرجندى (قوله ولو اختلفا فى الوطء) المراد بالاختلاف ههنا الاختلاف ابتداء لا بعد التأجيل صدر الشريعة بخلاف الاختلاف فيما سيجىء ولهذا قال هناك اى بعد التأجيل سنة عزمى واعلم أن الاختلاف الثانى أشار اليه المصنف بقوله فلو قال وطئت فيها وانكرت فالشارح ذكر الاختلاف الاول لعدم ذكر المصنف له اذ لم يذكر المصنف الا الثانى (قوله فان كانت ثيبا) المراد بالثيب هنا من زالت بكارتها من اى وجه كان بخلاف الثيب فى باب مهر المثل وفى استئذان الولى بالنكاح فان المراد بها هناك من زالت بكارتها بالنكاح برجندى وانظر هل المراد زالت بالوطء بسبب النكاح أو المراد بالنكاح الوطء حموى (قوله فان قلن هى بكر الخ) الجمع فى المخبرات لبيان الاولى ويكتفى بقول امرأة ثقة وقول امرأتين احوط وفى البدائع أوثق وفى الاسبيجابى أفضل شرنبلالية (قوله وان قلن هى ثيب حلف) لان الثيابة تثبت بقولهن وليس من ضرورة ثبوت الثيابة الوصول اليها لاحتمال زوالها بشىء آخر فيحلف بخلاف البكارة فان ثبوتها ينفى الوصول اليها ضرورة فتخير بقولهن درر أى بقولهن انها بكر وليس المراد بالتخيير التخيير بين التفريق واختيارها الزوج كما فهمه عزمى فقال وهذا محله بعد مضى السنة التى تأجلها كما سيأتى فى كلامه انتهى بل المراد التخيير فى التأجيل كما ذكره شيخنا قال فيسقط ما قاله عزمى لان الكلام فى التخيير ابتداء للتأجيل سنة وان طلبته اجله والا فلا واما التخيير بين التفريق وعدمه فبعد مضى سنة التأجيل انتهى (قوله وقلن بكر كما كانت خيرت المرأة) للحال بين الاقامة والفرقة فى مجلسها فان اختارت نفسها أمره القاضى بالتطليق فان أبى فرق بينهما (قوله وان قلن هى ثيب حلف الزوج) فالحاصل ان الاراءة للنساء مرتين مرة قبل الاجل للتأجيل ومرة بعد الاجل للتخيير عزمى (قوله وان كانت ثيبا فى الاصل صدق الزوج بحلفه) اذ ليس من ضرورة ثبوت الثيابة الوصول اليها لجواز زوالها بغيره (قوله وبعد هذا ان اختارته الخ) ولو دلالة بان وجد منها ما يدل على الاعراض بان قامت من مجلسها أو أقامها أعوان القاضى أو قام القاضى من مجلسه نهر عن الخانية فتخييرها ابتداء لتأجيله لا يقتصر على المجلس بخلاف تخييرها انتهاء للتفريق فانه يقتصر على المجلس (قوله وكذا لو وطئها مرة الخ) ولو حائضا او نفساء او صائمة او محرمة بحر عن المعراج (قوله ولو لم يكن له ماء الخ) بخلاف ما لو كان له ماء لكنه ينزل قبل ان يخالطها ثم لا تنتشر آلته لانه عنين كما سبق (قوله لا يكون رضا منها) لان العجز عن وطء امرأة لا يدل على العجز عن غيرها على ما ذكره الخصاف وفى الاصل لا خيار لها فيكون رضا كما سيأتى فى كلام الشارح والفتوى على ما فى الاصل زيلعى وفى النهر عن الخانية نقل تصحيح خلاف ما فى الاصل ومما سبق عن الزيلعى تعلم الخلل الواقع فى كلام السيد الحموى وان الصواب فى تعليله المسئلة بقوله لان العجز عن وطء امرأة لا يدل على العجز عن غيرها على ما فى الاصل كذا قال الزيلعى ابدال الاصل بالخصاف

ولها تمام مهرها ان خلا العنين والخصى بها وتجب العدة وهذا اذا أقر أنه لم يصل اليها ولو اختلفا فى الوطء فان كانت ثيبا فالقول له مع يمينه فان حلف بطل حقها وان نكل فان حلف سنة وان كانت بكرا ينظر اليها النساء فان قلن هى بكر أجل سنة يؤجل سنة وان قلن هى ثيب حلف الزوج فان حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة وان أجل سنة (فلو قال) بعد مضى السنة قد (وطئت) فيها وهى بكر فى الاصل (وأنكرت) المرأة (وقلن بكر) كما كانت (خيرت) المرأة وان قلن هى ثيب حلف الزوج فان حلف فلا خيار لها وان نكل خيرت (وان كانت ثيبا) فى الاصل (صدق) الزوج (بحلفه و) بعد هذا (ان اختارته بطل حقها) فلا يكون خيار لها وكذا لو وطئها مرة ثم عجز لا خيار لها ولو لم يكن له ماء ويجامع ولا ينزل لا يكون لها حق الخصومة ولو فرق بينهما لعدم الوصول ثم وعدها الوصول فتزوجها فعجز لا خيار لها لانها رضيت بخلاف ما لو تزوج به اخرى وهى عالمة بحاله لا يكون رضا منها

(قوله وفى الاصل يكون رضا) على المذهب المفتى به بحر عن المحيط خلافا لتصحيح الخانية تنوير وشرحه (قوله بخلاف المجبوب فانها لو وجدت الخ) الضمير فى فانها يعود على الكبيرة شيخنا (قوله ولم يخير احدهما بعيب) اما عدم خيار الزوج بعيب الزوجة فباتفاق علمائنا وقال الشافعى له ان يردها بالبرص والجنون والجذام والرتق والقرن واما عدم خيار الزوجة بعيب الزوج فقول أبى حنيفة وابى يوسف وقال محمد لها ان ترده بالجنون والجذام والبرص دفعا للضرر عنها كما فى الجب والعنة ولهما ان الجب والعنة يخلان بمقصود النكاح وهو الولد وهذه العيوب غير مخلة كالجرب والقروح الفاحشة حموى عن البرجندى ثم اذا وجدت رتقاء هل يشق جبرا عليها قال فى البحر لم أره اقول وينبغى أن تجبر عليه لان التسليم الواجب عليها لا يمكن بدونه وفى القنية من الكراهية له شق أمته المشتراة وان تألمت نهر واقول ظاهر كلام القنية يفيد ان الزوجة لا تجبر على الشق ان كانت تتألم به ولا ينافى هذا ما قالوا فى جانب عدم رد الزوجة بعيب الرتق لامكان شقه لحمله على ما اذا كان بدون تألم والرتق بفتح التاء الالتحام جمع رتقة ومصدر رقولك امرأة رتقاء والقرن بفتح القاف وسكون الراء وقيل بفتحهما نهر (قوله وقال الشافعى ترد الزوجة الخ) واذا قضى به القاضى نفذ قضاؤه بحر (قوله بالعيوب الخمسة) لانها تمنع الاستيفاء حسا اوطبعا والطبع مؤيد بالشرع قال عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد ورد رسول الله صلى الله عليه وسلم بالبرص وقال الحق باهلك حين وجد بكشحها وضحا او بياضا ولان النكاح يشبه البيع لانه عقد مبادلة والمبيع يرد بالعيب فكذا النكاح ولنا ان المستحق بالعقد هو الوطء وهذه العيوب لا تفوته بل توجب فيه خللا ففواته بالهلاك قبل التسليم لا يوجب الفسخ فاختلاله اولى ان لا يوجب وما رواه الشافعى لا يصح لانه من رواية جميل بن زيد وهو متروك عن زيد بن كعب بن عجرة وهو مجهول لا يعلم لكعب ولد اسمه زيد ولا حجة له فى قوله عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد لانه يوجب الفرار لا الخيار وظاهره ليس بمراد اجماعا لانه يجوزان يدنو منه ويشاب على خدمته زيلعى (قوله فى الجنون) قال الزيلعى وجن الرجل على ما لم يسم فاعله فهو مجنون وأجنه الله تعالى فهو مجنون ولا يقال مجن وجاء ثلاثة من افعل على مفعول على غير قياس دون مفعل الاول هذا والثانى احزنه الله فهو محزون والثالث احبه الله فهو محبوب وجاء محب على الاصل فى شعر عنترة

ولقد نزلت فلا تظنى غيره * منى بمنزلة المحب المكرم

(قوله والجذام) عبارة الزيلعى والمجذوم هو الذى به الجذام وهو داء يشق الجلد و يقطع اللحم ويتساقط منه والفعل جذم على ما لم يسم فاعله بمعنى اصابه الجذام وهو مجذوم ولا يقال أجذم انتهى وفى البحر عن القاموس يقال أجذم و وهم الجوهرى فى منعه انتهى (قوله وقال محمد لها الخيار الخ) اذا كان بالزوج عيب فاحش لا تطيق المقام معه لانها تعذر عليها الوصول الى حقها المعنى فيه فكان كالجب والعنة بخلاف ما اذا كان بها عيب لان الزوج قادر على دفع الضرر عن نفسه بالطلاق ولنا ما سبق من ان المستحق بالعقد هو الوطء وهذه العيوب لا تفوته وفى الجب والعنة اجماع الصحابة ولا يمكن القياس عليهما لانهما يعدمان المقصود من النكاح وهو قضاء الشهوة وغيرهما من العيوب لا يعدمه بل يخل به زيلعى (تتمة) تزوجت على انه حر او سنى أو قادر على المهر والنفقة فبان بخلافه او على انه فلان بن فلان فاذا هو لقيط أو ابن زنا كان لها الخيار فليحفظ در عن البهنسى

(باب العدّة)

هى بالكسر الاحصاء وبالضم الاستعداد للامر وشرعا تربص المرأة والرجل عند وجود سببه وسبب وجوبه عندنا النكاح المتأكد بالتسليم او ما يجرى مجراه من الخلوة او الموت وشرطها الفرقة و ركنها حرمات

وفى الاصل يكون رضا ولو كانت زوجة العنين أو الخصى صغيرة لا يفرق ولها لاحتمال أن تبلغ فترضى وان وجدت كبيرة زوجها الصغير عنينا ينتظر بلوغه بخلاف المجبوب فانها لو وجدت زوجها الصغير مجبوبا وطلبت الفرقة يجعل وليه خصما والا نصب القاضى عنه خصما ويفرق ولا ينتظر بلوغها لعدم الفائدة ولو كان زوج البالغة صغيرا عنينا أو خصيا ينتظر بلوغه (ولم يخير أحدهما بعيب) وقال الشافعى ترد الزوجة بالعيوب الخمسة الجنون والجذام والبرص والرتق والقرن وهو مانع يمنع من السلوك فى الفرج وقال محمد لها الخيار فى الجنون والجذام والبرص ثم قيل كيف يعرف أنها بكر أم ثيب قالوا يوضع فى فرجها أصغر بيضة من بيض الدجاج فان دخل بلا عنف فثيب والا فبكر وقيل ان أمكنها أن تبول على الجدار فبكر والا فثيب وقيل تكسر البيضة وتصب فى فرجها فان دخلت فثيب والا فبكر

(باب العدّة)

ثابتة بها ومواضع تربصه عشرون مذكورة فى الخزانة حاصلها يرجع الى ان من امتنع نكاحها عليه لمانع لا بد من زواله كنكاح اختها واربع سواها زيلعى ونهر وهى حق الشرع ولهذا لا تسقط لو أسقطاها ولا يحل لها الخروج لو أذن لها الزوج وتتداخل العدتان ولا يتداخل حق العبد زيلعى فى الكلام على الخلوة (قوله ولما كانت العدة الخ) عبارة المفتاح اورد العدة بعد ذكر وجوه الفرق من الطلاق والايلاء والخلع واللعان واحكام العنين لان العدة أثر الطلاق والاثر يتبع المؤثر حموى (قوله عقب الفرقة) اطلقها فعم ما لو نشأت عن طلاق او غيره كالايلاء ونحوه فيرجع لما سبق عن المفتاح واعلم ان الفرقة شرط للعدة والسبب النكاح اوشبهته كما سبق فالاضافة فى عدة الطلاق الى الشرط لا الى السبب وحكمها حرمة نكاح اختها واربع سواها كما سبق ومنه حرمة نكاحها على غيره وأنواعها حيض ووضع وأشهر قال الشيخ قاسم قلت حرمة نكاح غيره عليها من ركنها فكيف يكون من حكمها قال فى الشرنبلالية فليتامل قال شيخنا أمر بالتأمل لانه لا يظهر وجه كونها ركنا وان صرح به الزيلعى واعلم أن الشارح لم يتعرض لكون الفرقة سببا أو شرطا فاذكره السيد الحموى متعقبا القول الشارح أخرها عن سببها حيث قال فيه ان الفرقة شرط لها لا سبب لعله بحسب ما وقع له فى نسخته من زيادة قوله عن سببها وجوابه أنه تابع للهداية فانه ذكر أن السبب هو الطلاق والموت قال الزيلعى وهو يجوز لكونه معملا للعلة قاله عند قول المصنف ومبدأ العدة هو الطلاق والموت انتهى (قوله هى تربص وانتظار الخ) عبارة البرجندى العدة انتظار مدة معلومة يلزم المرأة بعد زوال النكاح المتأكد بالدخول يعنى حقيقة أو حكما أو الموت ومنه يعلم ما فى كلام الشارح من القصور واذا طلاق قوله عند النكاح شامل لغير المتأكد نعم يرد على البرجندى ما لو كان النكاح فاسدا وما لو زفت اليه غير امرأته فوطئها ولو زاد بعد النكاح أو شبهته لم يرد عليه شئ وتقييد الوطء بكونه عن شبهة للاحتراز عما لو تزوج امرأة الغير عالما بذلك ودخل بها حيث لا تجب العدة حتى لا يحرم على الزوج وطؤها وبه يفتى لانه زنا بحر وفيه عن فتح القدير تنقضى عدة الطلاق البائن والثلاث بالوطء المحرم بأن وطئها وهى معتدة عالما بحرمتها بخلاف ما لو ادعى الشبهة أوكان منكرا طلاقها فانها تستقبل العدة انتهى والمراد بالدخول الحكمى فى كلام البرجندى ما لو طلقها بعد الخلوة الصحيحة وتفسير الخلوة الصحيحة مر فى كتاب النكاح وان كانت الخلوة فاسدة فان كان الفساد لامر شرعى مع التمكن من الوطء حقيقة كصوم الفرض وصلاة الفرض والاحرام كان عليها العدة وان كان الفساد لعجزه عن الوطء حقيقة بأن كان مريضا كما فى الظهيرية لا تجب عليها العدة وكذا لو طلقها قبل الخلوة شيخنا عن الخانية فما ذكره عزمى زاده من وجوب العدة بالخلوة مطلقا ولو فاسدة غير مسلم على اطلاقه واعلم أنه يستثنى من عدم وجوب العدة بالطلاق قبل الدخول ما لو عقد على مبانته فى العدة وطلقها قبل الدخول فان العدة واجبة عليها لان الدخول فى الاول دخول فى الثانى حكما شرنبلالية (قوله يلزم المرأة) غير شامل لعدة الصغيرة اذ لا يلزمها التربص وان كان الوجوب على وليها بان لا يزوجها حتى تنقضى العدة فلو عرفها بما فى البدائع بالاجل المضروب لانقضاء ما بقى من آثار النكاح لشمل نهر قلت لكن صرح الزيلعى بالوجوب على الصغيرة شرنبلالية (قوله عند زوال النكاح أو شبهته) لا بد من زيادة أو فراشه ليشمل عدة أم الولد اذا مات عنها مولاها أو أعتقها والتقييد بام الولد للاحتراز عن المدبرة والامة اذا اعتقت أو مات سيدها فانه لا عدة عليها بالاجماع بحر ولو كان يطأها شرنبلالية (قوله عدة الحرة) ولو كتابية تحت مسلم در (قوله للطلاق أو الفسخ) زاد فى الايضاح والاصلاح أو الرفع وقرر أن النكاح بعد تمامه لا يقبل الفسخ عندنا فكل فرقة بغير طلاق قبل تمام النكاح كالفرقة بخيار البلوغ والفرقة بخيار العتق والفرقة بعدم الكفاءة فسخ وكل فرقة بغير طلاق بعد تمام النكاح كالفرقة بملك أحد الزوجين الآخر والفرقة بتقبيل ابن الزوج ونحوه رفع وهذا واضع عند من له خبرة فى هذا الفن قال فى النهر وهذا التقسيم لم أر من عرج عليه والذى ذكره أهل الدار ان القسمة ثنائية وأن

ولما كانت العدة عقب الفرقة أخرها عن سببها (هى تربص) وانتظار (يلزم المرأة) عند زوال النكاح أو شبهته (عدة الحرة للطلاق) مطلقا سواء كان بائنا او رجعيا (أو الفسخ) بغير الطلاق

الفرقة بالتقبيل من الفسخ كما قدمناه قال السيد الحموى وأيضا مقتضى كونه رفعا أن يكون منقصا للعدد اذا الطلاق يرفع القيد وليس كذلك ولا بدّ أن يكون ذلك بعد الدخول أوما يقوم مقامه كما مر وتركه المصنف لشهرة انه قبل الدخول لا تجب العدّة انتهى يعنى الا المبانة اذا عقد عليها فى العدّة ثم طلقها قبل الدخول كما سبق عن الشرنبلالية قال فى البحر ولم أر مالو أدخلت منيه فى فرجها من غيرايلاج فى قبلها والمذكور فى كتب الشافعية وجوبها ولا يبعد أن يحكم على أهل المذهب به لاحتياجها الى تعرف براءة الرحم انتهى قال فى النهر وينبغى أن يقال ان ظهر حملها كان عدتها وضع الحمل والا فلا عدّة عليها انتهى وتعقبه السيد الحموى بقوله وفيه أن هذا لا يخرج عما ذكره صاحب البحر وفيه نظر لان ماذكره فى البحر شامل لما اذا ظهر حملها أولم يظهر والثمرة تظهر فيما لو تزوّجت قبل التعرف عن براءة الرحم ثم ظهر خلو رحمها صح النكاح على ماذكره فى النهر اذ لا عدّة عليها عند عدم ظهور الحمل لا على ماذكره فى البحر لانه أوجب العدة عليها مطلقا (تتمة) قال فى البحر وقدمنا فى فصل التحليل أن العدّة لا تظهر فى حق المطلق حيث كان دون الثلاث وهكذا فى الفسخ فلو اشترى زوجته بعد الدخول لا عدّة عليها له وتعتدّ لغيره حتى لا يزوّجها من الغير حتى تحيض حيضتين ولهذا لو طلقها السيد فى هذه الحالة لم يقع طلاقه لانها معتدّة بالنسبة الى غيره ولهذا تحل له بملك اليمين بخلاف ما اذا اشترت الحرة زوجها بعد الدخول وقد كان قال لها أنت طالق للسنة وهى حائض ثم طهرت من حيضها وقع الطلاق بدليل حرمة وطئها انتهى (قوله كما فى الفرقة بخيار العتق الخ) أو الردة أوعدم الكفاءة (قوله أوملك أحد الزوجين صاحبه) ولا يرد مالو ملك المكاتب زوجته حيث لا ينفسخ النكاح لانه لم يملكها حقيقة كما فى الدر من باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله واعلم أن ظاهر قول الشارح وغيره كصاحب الدرر أوملك أحد الزوجين صاحبه يفيد وجوب العدة فيما اذا ملك زوجته أوملكته بلا فرق وبه صرح الزيلعى فى الاحداد وذكره أيضا فى النسب باصرح مما فى الاحداد ويخالفه ما فى الشرنبلالية من تقييده الاطلاق بما اذا ملكته لا اذا ملكها ثم ظهر لى أنه لا تخالف بوجه فما فى الشرنبلالية يحمل على أنه بالنسبة اليه وما صرح به الزيلعى من وجوب العدة مطلقا من غير فرق بينهما يحمل على انه بالنسبة لغيره اذ لا يجوز له بعد أن ملكها تزويجها الا اذا انقضت عدتها بحيضتين كما تقدم بل لا عدّة عليها له أيضا لو ملكته فأعتقته فتزوّجته على ما يفهم من كلامهم (قوله ثلاثة أقراء الخ) بالنصب على الظرفية أى فى مدة ثلاثة أقراء خبر عدة ليلائم كون مسمى العدة تربصا يلزم المرأة والرفع انما يناسب كون مسماها نفس الاجل ولما كانت الاقراء مشتركا لفظيا بين الحيض والطهر والمراد الاول فسره بقوله أى حيض ولم يقل ابتداء ثلاث حيض اتباعا للنص نهر (قوله ان كانت حائضا) الاولى أن يقول ان كانت ممن تحيض وانما قلنا الاولى ولم نقل الصواب لان اسم الفاعل كما يستعمل فى الحال حقيقة يستعمل فى الاستقبال مجازا حموى (قوله وعند الشافعى ثلاثة اطهار) وهو مذهب مالك وبه كان يقول ابن حنبل ثم رجع لهم حديث ابن عمر وهو أنه عليه السلام أمره أن يراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم ليطلقها ثم قال فتلك العدّة التى أمر الله أن تطلق لها النساء فهذا نص على أن العدّة هى الطهر ولان تذكير الثلاثة باثبات التاء دليل ارادة الطهر اذ لو كان المراد الحيض لقيل ثلاث قرء بلا تاء لان مفرده مؤنث وهو الحيضة ولنا قوله عليه السلام عدّة الامة حيضتان والامة لا تخالف الحرة فى جنس ما يقع به العدة وانما تخالفها فى العدد ولان الله تعالى نص على الثلاثة وعلى الجمع بقوله ثلاثة قروء والثلاثة اسم لعدد معلوم لا يجوز اطلاقه على الاكثر أو الاقل وحمله على الاطهار يؤدّى الى أنه أطلق على الاقل وهو طهران وبعض الثالث كما هو مذهبهم وكذا الجمع الكامل هو الثلاثة وهو حقيقة فيه فكان أولى ولا يقال يجوز اطلاق لفظ الجمع على اثنين وبعض الثالث كقوله تعالى الحج أشهر معلومات لانا نقول ذلك فى الجمع المجرّد عن العدد وأما العدد والجمع المقرون به فلا ولان العدة شرعت للتعرف عن براءة الرحم وهو بالحيض كالاستبراء ولهذا لو اعتدّت الآيسة بالاشهر ثم رأت

للدم

كما فى الفرقة بخيار العتق أو البلوغ
أوملك أحد الزوجين صاحبه بعد
الدخول (ثلاثة أقراء أى حيض) ان
كانت حائضا هذا عندنا وعند
الشافعى ثلاثة اطهار وفائدة الخلاف
فيما اذا طلق امرأته فى طهر لم
يجامعها فيه لا تنقضى العدة عندنا ما لم تطهر
من الحيضة الثالثة وعنده كما شرعت
فى الحيضة الثالثة انقضت عدتها (أو
ثلاثة أشهر

الدم يجب عليها استئناف العدة وفى قوله تعالى واللائى يئسن من المحيض وقوله واللائى لم يحضن اشارة الى ان المعتبر هو الحيض الا ترى أنه شرط للاعتداد بالاشهر عدم الحيض ولا تمسك لهم بتذكير الثلاث لان لفظ القرء مذكر فباعتباره يذكر لان الشئ اذا كان له اسمان مذكر ومؤنث كالبر والحنطة جاز تذكيره وتأنيثه زيلعى (قوله ان لم تحض) قيد به لان التى حاضت ثم امتد طهرها لا تعتد بالاشهر الا اذا بلغت سن الاياس وعن مالك انقضاؤها بحول وقيل بتسعة أشهر ستة لاستبراء الرحم وثلاثة أشهر للعدة ولو قضى به قاض نفذ قال الزاهدى وكان بعض أصحابنا يفتى به للضرورة وفى البزازية الفتوى فى زماننا على قول مالك فى عدة الآيسة قال فى النهر وانت خبير بانه لا داعى الى الافتاء بقول نعتقد انه خطأ يحتمل الصواب مع امكان الترافع الى مالكى يحكم به وفى نكاح الخلاصة قيل لحنفى ما مذهب الشافعى فى كذا وجب عليه أن يقول قال ابو حنيفة كذا لما قلنا انتهى واقول فيه نظر فان الداعى الى الافتاء بقول مالك الضرورة وذلك عند عدم وجود قاض مالكى خصوصا ودياراكثر اصحابنا او وراء النهر لا يكاد يوجد بها قاض مالكى وما نقله عن الخلاصة مفروض فى غير الضرورة حموى واعلم ان الافتاء بقول مالك هو عين التقليد ولا نزاع فى جوازه بشرط عدم التلفيق على ماذكره الشيخ حسن وافرده برسالة ويخالفه ماذكره العلامة ابن المنلا فروخ حيث صرح بجواز العمل بالتلفيق وأطال فى الكلام على ذلك على وجه التحقيق وافرده برسالة أيضا وعزا القول بجواز التلفيق لابن الهمام فى التحرير ولصاحب البحر فى بعض رسائله وانه قال اى صاحب البحر منع العمل بالتلفيق خلاف المذهب ولغير صاحب البحر أيضا من علماء خوارزم بل عزا العمل بالتلفيق لابى يوسف لكن كلام العلامة نوح افندى فى رسالته المتعلقة بمسائل المسبوق يؤيد ماذكره الشيخ حسن (قوله او بلوغ بالسن) اى خمسة عشر سنة عناية (قوله أو كافرة) يعنى ذمية حموى (قوله للموت) ينظر حكم مالو كان الزوج غائبا ومات هل تكون عدتها من وقت الموت او من وقت بلوغ الخبر حموى وأقول سيأتى ان الشارح يقول عند قول المصنف ومبدأ العدة بعد الطلاق والموت مطلقا سواء علمت الطلاق أو الموت أولا حتى لو لم تعلم ومضت مدة العدة انقضت عدتها وفى النهاية اختلف السلف فى هذه المسئلة فى فصول اربعة الاول أن من السلف من يقول لها عدتان الطولى وهى الحول والقصرى وهى أربعة أشهر لقوله تعالى وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج فان خرجن أى بعد أربعة أشهر فلا جناح عليكم والجواب أن هذه الآية منسوخة بقوله تعالى يتربصن بانفسهن أربعة أشهر وعشرا الثانى أن المعتبر عشرة أيام وعشر ليال من الشهر الخامس عندنا وكان عبد الله بن عمرو بن العاص يقول عشر ليال وتسعة ايام حتى يجوز لها أن تتزوج فى اليوم العاشر لظاهر قوله تعالى وعشرا والجواب ان ذكر أحد العددين من الايام والليالى بعبارة الجمع يقتضى دخول ما بازائه من العدد الآخر الثالث أن المتوفى عنها زوجها لو كانت حاملا تعتد بوضع الحمل عندنا وهو قول عمر وابن مسعود وكان على يقول تعتد بابعد الاجلين اما بوضع الحمل او باربعة أشهر وعشر الرابع ان عدة الوفاة معتبرة من وقت موت الزوج عندنا وهو قول ابن مسعود وابن عباس وكان على يقول من حين تعلم (قوله أربعة أشهر الخ) لان الجنين يتحرك فى ثلاثة ان كان ذكرا وفى أربعة ان كان انثى فاعتبر اقصى الاجلين وزيد عليه العشر استظهارا قاله القاضى فى تفسيره وتعقب بما فى الصحيح انه يكون فى البطن أربعين نطفة ومثلها علقة ومثلها مضغة ثم تنفخ فيه الروح اللهم الا ان يكون معنى الحديث ان كمال النفخ فى كل عضو لا يكون الا بعد المدة المذكورة وهو لا ينافى النفخ فى بعضها قبل المدة المذكورة قاله الكازرونى ولا بد من بقاء النكاح صحيحا الى وقت الموت حتى لو اشترى المكاتب زوجته ومات عن وفاء لم تجب عدة الوفاة لفساد النكاح قبل الموت فتعتد بحيضتين نهر (قوله وعشر ليال) يخالفه ما فى الدر حيث قال فى تفسير قول المصنف وللموت أربعة أشهر وعشر أى عشرة أيام قال شيخنا فعلم من شرحه ان حق التركيب وعشرة بالتاء لان عشرة قبل التركيب تجرى على خلاف القياس قال الوانى الا ان الفقهاء قالوا كذلك صونا للنظم

ان لم تحض) لصغر أو اياس أو بلوغ
بالسن من غير رؤية حيض (و) عدة
الحرة مطلقا سواء كانت صغيرة أو كبيرة
أو كافرة أو مسلمة موطوءة أو غير
موطوءة (للموت أربعة أشهر وعشر)
ليال فتتناول ما بازائها من الايام (و)
عدة (الامة)

الشريف عن التغيير وتبركا به وقيل السر فيه ان العرب يعتبرون الشهور القمرية والليل مقدم في هذا
المعنى لان رؤية الهلال في الليل انتهى وما في النهر من قوله وتأنيث العشر باعتبار الليالي خلاف الظاهر
وكان الظاهر ان يقول وتذكير العشر ولعله أراد تأنيثه لو صرح بالليالي المضاف الى العشر لانه وان ذكر
بتجرده من التاء فهو مؤنث لاكتسابه من المضاف اليه شيخنا (قوله والمدبرة وام الولد الخ) عطف المدبرة
وما بعده على الامة من عطف الخاص على العام بدليل ما في الشرنبلالية من ان المراد بالامة من بها رق
كام الولد والمدبرة والمكاتبة ومعتقة البعض انتهى ويجوز ان يراد بالامة من لم يصبها شائبة الحرية
وهو الظاهر وعليه فالعطف للمغايرة (قوله أي حيضتان) لقوله عليه السلام طلاق الامة تطليقتان
وعدتها حيضتان ولان الرق منصف والحيضة لا تتجزأ فكملت درر (قوله وعدة الحامل) ولو من زنا
بان تزوج حبلى من زنا فدخل بها ثم مات أو طلقها تعتد بالوضع در عن جواهر الفتاوى ويتعين ان يراد
بالدخول في كلامه الخلوة ولو عبر به لكان أولى اذ لا يجوز له وطؤها قبل الوضع (قوله او متوفى عنها
زوجها) لقول ابن مسعود من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى نزلت بعد الاربعة أشهر وعشر زيلعي
يعني سورة يا أيها النبي اذا طلقتم النساء الخ نزلت بعد الذي في سورة البقرة يريد ان قوله تعالى وأولات
الاحمال متأخر عن قوله تعالى يتربصن بانفسهن فيكون ناسخا في ذوات الاحمال عناية وفي النهر عن
البزازية قالت المعتدة ولدت لا يقبل قولها بلا بينة فان طلب يمينها بالله لقد اسقطت سقطا مستبين الخلق
حلفت اتفاقا واعلم ان المعتدة لو حملت في عدتها من وطء بشبهة فعدتها وضع الحمل ان كانت معتدة من
طلاق اما عدة الوفاة فلا تتغير بالحمل نهر عن البدائع (قوله وضعه) او وضع اكثره على ما في الزيلعي من
ثبوت النسب او وضع نصفه على ما في منية المفتي حيث قال خرج من الولد نصف البدن من قبل الرجلين
سوى الرجلين أو من قبل الراس سوى الراس انقضت العدة والبدن من المنكبين الى الاليتين انتهى
وما في الظهيرية من قوله لو ظهر منها اكثر الولد انقضت عدتها لكن لا تحل للازواج وقيل تحل انتهى
ظاهره ترجيح عدم الحل حيث حكى المقابل بقيل وفي النهر عن قاضيخان لو خرج منها اكثر الولد قالوا
ان كان الطلاق رجعيا ينقطع حق الرجعة ولا يحل لها ان تتزوج احتياطا وذكر الزيلعي انها لو وضعت
وزوجها على سريره انقضت عدتها وحل لها ان تتزوج ولا معنى لقول من قال تنقضي عدتها بوضع الحمل
ولا يجوز لها ان تتزوج حتى تطهر من نفاسها لانها اذا لم تكن تحت زوج ولا معتدة ولا حبلى بثابت النسب
اوغيره فقد خلت من الموانع الشرعية فتحل ضرورة ولكن لا يطؤها حتى تطهر وحرمة الوطء لا تمنع
صحة النكاح كالحائض (فرع) مات الحمل في بطنها ومكث مدة ماذا تنقضي عدتها قال في البحر لم ار المسئلة
وينبغي انها تبقى معتدة الى ان ينزل او تبلغ مدة الاياس انتهى (قوله ابعد الاجلين) ثم هذا الحكم ثابت
فيما اذا قال لزوجاته احداكن طالق بائن ومات بلا بيان فعلى كل واحدة ان تعتد بابعد الاجلين نهر
(قوله اي عليها اربعة اشهر وعشر اذا كان اطول الخ) معناه انها تعتد باربعة اشهر وعشر فيها ثلاث
حيض حتى لو اعتدت باربعة اشهر وعشر ولم تحض كانت في العدة ما لم تحض ثلاث حيض وان حاضت
ثلاث حيض قبل تمام اربعة أشهر لا تنقضي عدتها حتى تتم العدة نهاية (قوله وقال ابو يوسف ثلاث
حيض) وهو القياس لان النكاح زال به أي بالطلاق وبقي في حق الارث حكما احتياطا لاجماع الصحابة
وجه الاستحسان انها لما ورثته جعل النكاح قائما حكما الى الوفاة اذ لا ارث الا به فكذا في حق العدة بل
أولى زيلعي وما في العيني من قوله وعند أبي يوسف تعتد عدة الوفاة سبق قلم وصواب العبارة عدة الطلاق
كما في الزيلعي (قوله وهذا اذا كان الطلاق بائنا) خلافا لابي يوسف انما هو فيما اذا مات الفار قبل
انقضاء عدتها من طلاق بائن واما المطلقة الرجعية اذا مات زوجها قبل تمام ثلاث حيض فيمن تحيض
أو ثلاثة أشهران لم تحض تنتقل الى عدة الوفاة من غير خلاف نهر (قوله اما اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة
اجماعا) قال في الشرنبلالية هو متعلق بامرأة الفار ولا يصح هنا طلاق الفار على المطلق رجعيا وهذا

ايضا

والمدبرة وام الولد والمكاتبة في الطلاق
والفسخ (قرءان) أي حيضتان (ونصف
المقدر) ان لم تحضن أو مات عنها
زوجها وقال مالك لها ثلاث حيض (و)
عدة (الحامل) مطلقا سواء كانت حرة
أو أمة أو مطلقة أو متوفى عنها زوجها
(وضعه و) عدة (زوجة الفار ابعد
الاجلين) أي عليها أربعة أشهر وعشر
اذا كانت أطول من العدة بالحيض
وحيض ان كان أطول من العدة
بالاشهر وقال أبو يوسف ثلاث حيض
وهذا اذا كان الطلاق بائنا اما اذا
كان رجعيا فعليها عدة الوفاة اجماعا

أيضا ليس صحيحا حكما لاقتضائه انها اذا طلقت رجعيا وزوجها مريض فانقضى لها اربعة أشهر وعشر
وهو حي لا ترثه مع بقاء شيء من حيضها وهذا خطأ باطل لبقاء عدتها الا انها من ذوات الاقراء وقد طلقت
رجعيا فعدتها بالحيض ولو طال الزمن لا بد من انقضاء ثلاث حيض ويقتضي أيضا انها اذا حاضت ثلاث
حيض وهو حي ولم تمض اربعة أشهر وعشر ترث منه وقد صارت أجنبية وهو غير فار وهو خطأ أيضا واما
اذا مات وقد بقي من عدتها بالحيض شيء فانها تنتقل لعدة الوفاة وليست مما نحن فيه فان الكلام فيمن يموت
زوجها الفار في عدتها والمطلقة رجعيا ليس زوجها فارا وعدتها بحسب حالها ان كانت تحيض فبثلاث
حيض والا فبثلاثة أشهر وللحامل وضعه وقد وقع الايهام في كثير من الكتب كالكافي والاكمل فاجتنبه
ومنه قوله في شرح المجمع قيدنا طلاقها بالبينونة لانه اذا كان رجعيا فعدتها عدة الوفاة اتفاقا وقد نبه
عليه محقق بمثل ما قلنا فقيده بقوله هذا اذا مات وعدة الطلاق باقية لانها حينئذ زوجة وعلى الزوجة
تربص أربعة أشهر وعشر أما اذا كانت منقضية فلم تكن زوجة فلا يجب عليها لموته شيء ولا ترث انتهى
(قوله ومن عتقت في عدة الطلاق الرجعي الخ) يعني اذا طلق امرأته الامة طلاقا رجعيا ثم أعتقها المولى
في العدة حموي (قوله لا البائن والموت) أي موت الزوج لزوال النكاح ولم يتكامل الملك بعده
والطلاق في الملك الناقص لا يوجب عدة الحرائر فلا تنتقل عدتها بخلاف ما لو آلى منها ثم أبانها ثم أعتقها
سيدها حيث تصير مدة ايلائها مدة ايلاء الحرائر ولا فرق فيه بين البائن والرجعي والفرق ان البينونة
ليست من أحكام الايلاء فالبائن والرجعي فيه سواء بخلاف العدة فان سببها الطلاق وهي تعقبه فيعتبر
فيها صفته وقوله كالحرة في محل الرفع على انه خبر عن قوله ومن عتقت أي الامة التي عتقت في عدة
الرجعي عدتها كعدة الحرة عيني وفي الظهيرية واذا اشترى زوجته الامة وله منها ولد فاعتقها فعليها
ثلاث حيض حيضتان بسبب النكاح ويجب الحداد فيهما وحيضة ثالثة بسبب العتق ولا يجب فيها الحداد
حموي عن البرجندي (قوله فتنتقل عدتها الخ) لبقاء النكاح في الرجعي دون الآخرين وقد تنتقل العدة
ستا كامة صغيرة منكوحة طلقت رجعيا فتعتد بشهر ونصف فحاضت تصير حيضتين فاعتقت تصير ثلاثا
فامتد طهرها بالاياس تصير بالاشهر فعاد دمها تصير بالحيض فمات زوجها تصير أربعة أشهر وعشرا در
ولو اطلق الطلاق في قوله كامة صغيرة الخ ولم يقيده بكونه رجعيا لكان اولى اذ الحكم لا يختلف (قوله وقال
مالك لا يزاد بالعتق) مقتضاه الاكتفاء بحيضتين في الامة عند الامام مالك وينافيه ما ذكره الشارح بعد
قول المصنف والامة قرءان ونصف المقدر من قوله وقال مالك لها ثلاث حيض (قوله ومن عاد دمها الخ)
من واقعة على الآيسة وتقدير كلامه وعدة آيسة عاد دمها بعد ان شرعت في العدة بالاشهر الحيض (قوله
انتقض ما مضى) وكذا اذا حبلت من زوج آخر انتقضت عدتها وفسد نكاحها لانه تبين انها من ذوات
الاقراء اذ الآيسة لا تحبل والصغيرة اذا حاضت بعد انقضاء عدتها بالاشهر لا تستأنف لانه لا يتبين انها
كانت من ذوات الاقراء بخلاف ما اذا حاضت في أثناء العدة حيث تستأنف تحرزا عن الجمع بين الاصل
والبدل ثم قولهم تحرزا عن الجمع بين الاصل والبدل مستشكل كما في النهاية بمن شرع في صلاة بوضوء
فسبقه الحدث فلم يجد الماء فانه يتيمم ويبني وبمن شرع في الصلاة فصلى بعضها بركوع وسجود فعجز عنها فانه
يتم الصلاة بالايماء واجيب بان الايماء ليس بدلا عن الركوع والسجود لان البعض لا يصلح ان يكون بدلا
عن الكل وكذا التيمم ليس ببدل عن الوضوء وانما هو خلف بخلاف الاعتداد بالاشهر فانه خلف عن
الاعتداد بالحيض فلا يجوز تكميل أحدهما بالآخر انتهى (قوله على العادة) لان مجرد وجوده لا يوجب
كونه حيضا لجواز كونه دما فاسدا وقيدوه أيضا بكونه أحمر أو أسود فلو كان أصفر او أخضر او تربية
لا يكون حيضا وعليه الفتوى واكثر المشايخ نهر وفيه أقوال أخر بحة ايضا منها ما اختاره الشهيد وسيأتي
في كلام الشارح انها ان رأته قبل تمام الاشهر استأنفت لا بعده (قوله لان عودها) أي العادة (قوله
لا تقدير في حد الاياس) هو ظاهر الرواية نهر (قوله ما لا يحيض مثلها) في تركيب بدنها وسمنها وهزالها

(ومن عتقت في عدة) الطلاق الرجعي
لا البائن و) لا في عدة (الموت كالحرة)
فتنتقل عدتها الى عدة الحرائر وقال
مالك لا تزاد بالعتق وقال الشافعي
عدتها عدة الحرائر في البائن والموت
أيضا (ومن عاد دمها بعد الاشهر
الحيض) أي اذا كانت آيسة فاعتدت
بالاشهر ثم رأت الدم انتقض ما مضى
من عدتها وعليها أن تستأنفها بالحيض
قال صاحب الهداية معناه اذا رأت دما
على العادة لان عودها يبطل الاياس
هو الصحيح وقال صاحب المحيط لا تقدير
في حد الاياس بالسنين في رواية
وايا سها على هذه الرواية ان تبلغ من
السن ما لا يحيض مثلها

(قوله فاذا رأت بعد ذلك ما يكون حيضا الخ) حق العبارة فاذا رأت بعد ذلك دما يكون حيضا الخ (قوله يكون حيضا) على هذه الرواية وقيل لا تستأنف أيضا على رواية عدم التقدير وهو المختار نهر عن الاسبيجابى (قوله يقدر بخمس وخمسين) وعليه الفتوى نهر وقيل بخمسين قيل وعليه الفتوى وقيل بستين وقال الصفار بسبعين (قوله فاذا رأت الدم الخ) مثله فى الخلاصة الآيسة اذا اعتدت بالشهور وتزوجت ثم رأت الدم يكون النكاح فاسدا عند بعض المشايخ الا اذا قضى القاضى بجواز النكاح فانه لا يكون فاسدا والاصح ان النكاح جائز ولا يشترط القضاء وفى المستقبل العدة بالحيض انتهى وهذا مبنى على رواية النوازل وهى أعدل الروايات وفى البزازية ولا تبطل الانكحة وبه يفتى ولك أن تخرج كلام المصنف عليها نهر اذ قوله ومن عاد دمها بعد اشهر الحيض محتمل لان يراد الحيض فى المستقبل كما يحتمل ارادة الحيض فى الماضى شيخنا (قوله ويبطل به الاعتداد بالاشهر) وقيل انما ينتقض هذا فى المستقبل فلا تعتد بعد ذلك الا بالحيض لا فيما مضى فلا تفسد الانكحة وصححه فى النوازل نهر (قوله على أى صفة رأت) أى سواء رأته على العادة أم لا فهو مقابل لما سبق عن الهداية (قوله ان كانت رأت الدم قبل الاعتداد بالاشهر) هكذا جرى على التقييد المذكور صدر الشريعة تبعا للصدر الشهيد فما فى الدرر من قوله ما وقع فى صدر الشريعة من تقييده المسئلة بما قبل الانقضاء كانه سهو من الناسخ والصواب بعد الانقضاء غير مسلم ولهذا قال عزمى والعجب أن صاحب الدرر مع قوله فى باب دماء تختص بالنساء ان هذا القول هو المختار كيف جعل كلام صدر الشريعة على السهو (قوله نكاحا فاسدا) فلا عدة فى باطل وكذا موقوف قبل الاجازة كما فى الاختيار لكن الصواب ثبوت العدة والنسب در ولم أر من مثل للباطل لظهوره اذ هو الذى عقد بلفظ من الالفاظ التى لا ينعقد بها النكاح (قوله كالنكاح بغير شهود) ونكاح المحارم مع العلم بعدم الحل عند الامام نهر (قوله والولى) أى وكالنكاح بغير الولى بالنسبة لصغيرة ونحوها اذا كان لها ولى فخرج غير الصغيرة والتى لا ولى لها وقد يقال أراد بالولى من له ولاية النكاح وان لم يكن عصبة كالام والقاضى والمراد بنحو الصغيرة المجنونة والمعتوهة (قوله بان زفت اليه غير امرأته) تصوير للموطوءة بشبهة الملك وقوله أو تزوج منكوحة الغير الخ تمثيل للموطوءة بشبهة العقد شيخنا وللموطوءة بشبهة أن تقيم مع زوجها الاول وتخرج باذنه فى العدة لقيام النكاح بينهما وان حرم الوطء حتى تلزمه نفقتها وكسوتها بحر يعنى اذا لم تكن عالمة راضية در (قوله ولم يعلم بحالها) فان علم كان زنا ولا عدة فيه ولا يحرم على زوجها وطؤها وبه يفتى نهر (قوله وأم الولد الحيض) ولا نفقة لها فى العدة لانها عدة وطء كالمعتدة من نكاح فاسد وانما استوى فيها الموت والعتق لانها وجبت لتعرف براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعروف فى غير الحامل والآيسة فلا اختلاف بين الموت وغيره ولم يكتف بحيضة لان الوطء بشبهة كالفاسد والفاسد يلتحق بالصحيح وعدة أم الولد وجبت بزوال الفراش فاشبهت عدة النكاح وفراش أم الولد وان كان اضعف من فراش المنكوحة الا انهما يشتركان فى أصل الفراش والمحل محل الاحتياط فالحق القاصر بالكامل احتياطا واماما فيه عمر فانه قال عدة أم الولد ثلاث حيض قيد بأم الولد لان المدبرة والقنة لا عدة عليهما لموت المولى أو عتقه جوهرة وبحر ونهر (قوله كالفرقة والعتق) أى كالفرقة أو عزمه على ترك وطئها فى الموطوءة بشبهة والمنكوحة فاسدا والعتق فى ام الولد (قوله وقال الشافعى الخ) وهو قول مالك أيضا زيلعى ووجهه انها وجبت بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء وجوابه علم مما قدمناه وهو ان عدتها وجبت بزوال الفراش فاشبهت عدة النكاح (قوله للموت) أى لموت الواطئ وقول العينى أى لموت ازواجهن ففيه من التغليب ما لا يخفى لان أم الولد عدتها بموت زوجها كالامة شيخ شاهين (تتمة) مات المولى والزوج ولا يدرى أيهما أول وبين موتهما أقل من شهرين وخمسة أيام فعليها أن تعتد باربعة أشهر وعشر وان كان بين موتهما أكثر من ذلك تعتد باربعة أشهر وعشر لاحتمال تأخر الزوج و يعتبر فيها ثلاث حيض لاحتمال أن المتأخر هو المولى وانه مات بعد انقضاء عدتها

فاذا بلغت هذا المبلغ وانقطع الدم حكم باياسها فان رأت بعد ذلك ما يكون حيضا على هذه الرواية فيبطل الاعتداد بالاشهر ويظهر فساد النكاح وفى رواية يقدر بخمس وخمسين سنة على ما قالوا فاذا بلغت هذا المبلغ وانقطع دمها حكم باياسها فاذا رأت الدم بعد ذلك لا يكون حيضا عند البعض ولا يبطل به الاعتداد بالاشهر ولا يظهر فساد النكاح وقيل يكون حيضا ويبطل به الاعتداد بالاشهر ويظهر فساد النكاح وقال بعضهم ان كان القاضى قضى بجواز ذلك النكاح ثم رأت الدم لا يقضى بفساد ذلك النكاح وكان الصدر الشهيد يفتى بانها لو رأت الدم بعد ذلك على أى صفة رأت يكون حيضا ويفتى ببطلان الاعتداد بالاشهر ان كانت رأت الدم قبل الاعتداد بالاشهر ولا يفتى ببطلان الاعتداد بالاشهر ان كانت رأت الدم بعد الاعتداد بالاشهر واو حاضت حيضتين ثم أيست تعتد بالاشهر (و) عدة (المنكوحة نكاحا فاسدا) كالنكاح بغير الشهود والولى (والموطوءة بشبهة) الملك أو العقد بأن زفت اليه غير امرأته أو تزوج منكوحة الغير ولم يعلم بحالها فوطئها (وأم الولد الحيض للموت

قوله قوله كالفرقة حقها هذه القولة والتى بعدها التأخير عن قوله للموت كما هو ظاهر

من

من الزوج وان لم يعلم ما بينهما فكذلك عندهما وعند أبى حنيفة تعتد باربعة أشهر وعشر ولا يعتبر فيها الحيض عينى (قوله وغيره) دخل تحت قوله وغيره عتقها وهو مقيد بان تكون من ذوات الحيض فان كانت من ذوات الاشهر ومات مولاها أو أعتقها فعدتها ثلاثة أشهر وان كانت حاملا فعدتها وضع الحمل كما سيأتى فى الشارح وبأن لا تكون منكوحة ولا معتدة لزوج فان كانت لا عدة عليها من المولى اجماعا لانه لا فراش لها من المولى ووجوب العدة بزواله والحاصل أن الشرط فى وجوب عدة المولى أن لا تحرم عليه بسبب من الاسباب وأسباب الحرمة عليه ثلاثة نكاح الغير وعدته والثالث تقبيل ابن المولى فلا عدة عليها بموت المولى أو اعتاقه بعد تقبيل ابنه كما فى الخانية ولهذا لو أتت بولد بعد حرمتها لستة أشهر لا يثبت نسبه ما لم يدعه بحر وفى الاختيار طلقها الزوج وانقضت عدتها ثم مات المولى فعليها العدة لان الفراش عاد اليه وقد زال بالموت انتهى (قوله وعدة زوجة الصغير الخ) يعنى غير المراهق لانه اذا كان مراهقا وجب أن يثبت النسب منه الا اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر من العقد وهذا استحسان وعن الثانى رواية شاذة ان عدتها عدة الوفاة نهر وفى اطلاق اسم الزوجة ايماء الى انه لا فرق فى الحكم بين الحرة والامة درر (قوله وضعه) لعموم آية وأولات الاحمال در (قوله أى بعد الموت الشهور) بلا خلاف لانه لم يثبت وجوده وقت الموت لا حقيقة ولا حكما فتعينت الاشهر عند الموت فلا تتغير بحدوثه بعد ذلك بخلاف امرأة الكبير اذا حدث بها الحبل بعد الموت لان نسبه ثابت الى الحولين ومن ضرورته وجوده عند الموت فتبين انه ليس بحادث حتى لو تيقن بحدوثه بان ولدته بعد الحولين كان الحكم كذلك زيلعى ولو ابدل قوله اذا حدث بها الحبل بقوله اذا ظهر بها الحبل لكان أولى (قوله وقيل ان تلد لاكثر من سنتين) وفيما دون ذلك يكون الانقضاء بالوضع قال فى الفتح وليس بشئ لان التقدير للحدوث باكثر من سنتين أو لسنتين كوامل ليس الا للاحتياط فى ثبوت النسب ولا يمكن ثبوته فى الصبى فلا حاجة الى تأخير الحكم بالحدوث الى السنتين نهر (قوله وقال أبو يوسف الخ) مقتضاه انه قوله وليس كذلك اذ قد سبق عن النهر ان هذه رواية شاذة عنه (قوله أى لم يحتسب بحيض طلقت فيه) لان الواجب ثلاث حيض أو ثنتان بالنص فلا ينتقص عنها عينى (قوله وتجب عدة أخرى بوطء المعتدة بشبهة) فى قوله بشبهة اشعار بانه لو كان الواطئ عالما بالحرمة لا تستأنف لكن فيه تفصيل قال فى الظهيرية جامع مطلقته الثلاث فى العدة مقرا بطلاقها تستأنف العدة و يتداخلان وان كان منكرا لا تستأنف وان وطئ المطلقة بائنا أو ثنتين من غير دعوى الشبهة ومع العلم بالحرمة تستأنف العدة وفى القنية اذا وطئ المختلعة فى عدتها عالما بحرمتها قال قاضيخان لا تستأنف وقال صاحب المحيط تستأنف حموى عن البرجندى قيد بالمعتدة مع ان المنكوحة لو وطئت بشبهة ثم طلقها كان عليها عدة أخرى وتداخلتا الا انه وضع المسئلة فى وجوب الثانية بالوطء وهذه بالطلاق نهر (قوله سواء كان الواطئ أجنبيا أو زوجها) اعلم أن المرأة اذا وجب عليها عدتان فاما ان تكونا من رجلين أو رجل واحد فان كان الثانى كما اذا طلقها ثلاثا وقال ظننت أنها تحل لى أو طلقها بالفاظ الكناية فوطئها فى العدة فلا شك أن العدتين تداخلتا وان كان الاول وكانتا من جنسين كالمتوفى عنها زوجها اذا وطئت بشبهة أو من جنس واحد كالمطلقة اذا تزوجت فى عدتها فوطئها الثانى وفرق بينهما تداخلتا عندنا ويكون ما تراه من الحيض محتسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها اتمام الثانية درر حتى لو كان الوطء بشبهة بعد انقضاء حيضة مثلا فحاضت حيضتين بعدها تمت العدة الاولى ووجب عليها أن تتم الثانية بحيضة ثالثة وهذا معنى التداخل عينى (قوله من طلاق بائن) لا يخفى أن تعبير الشارح بالبائن شامل لما لو كان الطلاق ثلاثا ولو عبر به كما فى الدرر لاستغنى عن عطف قوله أو طلقها بالفاظ الكناية واعلم أن فى وجوب العدة عليها اذا وطئ مبانته وادعى ظن الحل نظرا لان الشبهة فيه من قبيل شبهة الفعل والنسب لا يثبت فيها بالوطء ولو ادعى ظن الحل واذا لم يثبت النسب لم تجب العدة نهر عن الدراية وقال الكمال كل من حبلت فى عدتها فعدتها أن تضع حملها والمتوفى عنها اذا حبلت بعد موت

وغيره) كالفرقة والعتق وقال الشافعى عدة أم الولد حيضة واحدة وان مات المولى عنها أو أعتقها وهى حامل فعدتها وضعه (و) عدة زوجة الصغير الحامل) هو صفة زوجة وهذا نعت مخصوص بالاناث كحائض ولهذا لم يؤنث (عند موته وضعه و) عدة زوجة الصغير (الحامل بعده) أى بعد الموت (الشهور والنسب منتف) من الصغير (فيهما) وتفسير قيام الحمل يوم الموت أن تلد بعد موته لاقل من ستة أشهر وانما يعرف حدوث الحمل بعد موته بان تضعه لستة أشهر فصاعدا عند الجمهور وقيل أن تلد لاكثر من سنتين وقال أبو يوسف والشافعى عدتها أربعة أشهر وعشر فى الاولى أيضا (ولم يعتد) أى لم يحتسب (بحيض) التى (طلقت فيه وتجب عدة أخرى بوطء المعتدة بشبهة وتداخلتا) أى العدتان مطلقا سواء كان الواطئ أجنبيا أو زوجها بان قال ظننت أن المطلقة من طلاق بائن تحل قبل النكاح

الزوج فعدتها بالشهور أربعة أشهر وعشر انتهى ولا علم حدوث الحبل بعد الموت الا اذا جاءت به لاكثر
من سنتين من وقت الموت (قوله والمرئى منهما) بيان للتداخل (قوله وتتم الثانية) أى تتم المرأة العدة
الثانية وكذا لو بالاشهر أو بهما لو معتدة وفاة فلو حذف قوله والمرئى منهما لعمهما وعم الحائل لو حبلت
فعدتها الوضع الا معتدة الوفاة فلا يتغير بالحمل قال فى الدر وصححه فى البدائع وأما معتدة الوفاة اذا تزوجت
ودخل بها ففرق بينهما فعليها بقية عدتها من الاول تمام أربعة أشهر وعشر وعليها ثلاث حيض
للآخر وتحتسب بما حاضت بعد التفريق فى عدة الوفاة أيضا تحقيقا للتداخل بقدر الامكان درر (قوله
بعد الطلاق) سواء اعترف بالطلاق أو أنكره حتى لو ادعته عليه فى شوال وقضى به فى المحرم فالعدة
من وقت الطلاق لا من وقت القضاء نهر عن البزازية وفيه عن الخلاصة وغيرها العدة فى الطلاق المبهم
من وقت البيان وفيه عن الخانية أبانها ثم أقام معها زمانا ان مقرا بطلاقها تنقضى عدتها الا ان منكرا
وفيه عن الذخيرة شهدا بطلاقها ثم بعد أيام عدلا فقضى بالفرقة فالعدة من وقت الشهادة لا القضاء
انتهى والحاصل أن ماذكره المصنف من أن مبدأ العدة بعد الطلاق لا يتمشى على عمومه بل يستثنى منه
من بين طلاقها فان عدتها من وقت البيان لا من وقت قوله احدا كما طالق وان مات قبل البيان لزم
كلا منهما عدة الوفاة تستكمل فيها ثلاث حيض شرنبلالية عن البزازية (قوله من وقت وجود الاقرار)
فلو أقر بطلاقها فى زمان ماض فان كذبته أو قالت لا أدرى كان ابتداؤها من وقت الاقرار وتجب
لها النفقة والسكنى وان صدقته فالفتوى أنه من وقت الاقرار أيضا نفيا التهمة المواضعة لاقراره لها بالدين
اذا كان مريضا والتقييد بالاقرار يفيد أنه لو ثبت بالبينة ينبغى ان يعتبر وقت ان قامت لعدم التهمة
ثم مع تصديقها لو كان قد وطئها كان عليه مهران كما فى الاختيار ولا نفقة لها ولا كسوة نهر ودر
واعلم أن قوله ولا نفقة لها ولا كسوة مرتبط بتصديقها لا بوطئها ولو ذكره مقدما على الوطء لكان أولى
لما فى التأخير من الايهام اذ عدم النفقة والكسوة لا يشترط له وجود الوطء دل على ذلك قوله فى
الشرنبلالية وان صدقته اعتدت من وقت الطلاق وقيل الفتوى على وجوبها من وقت الاقرار بلا نفقة
كذا فى المواهب انتهى وكذا يدل عليه كلام التنوير أيضا وانما لم يجب لها النفقة مع تصديقها له فى اسناد
الطلاق لقبول قولها على نفسها در (قوله سواء علمت الطلاق أو الموت أو لا) لان الله تعالى أوجبها
على المطلقة والمتوفى عنها زوجها وهما يتصفان بهما عقبهما در (قوله فقد انقضت عدتها) لانها
أجل فلا يشترط فيه العلم بالانقضاء (قوله ومشايخنا يفتون الخ) أطلقه فعم ما لو صدقته فى الاسناد أم لا
وهو المفتى به كما سبق (قوله وهو اختيار مشايخ بلخ) وينبغى على قولهم أن لا يحل له التزوج بالاخت
ولا بأربع سواها الا اذا انقضت العدة من وقت الاقرار لكن لا يجب لها نفقة العدة والسكنى حموى
عن المفتاح وينبغى حمله على ما اذا صدقته فى الاسناد اما لو كذبته أو قالت لا أدرى يجب لها النفقة
والكسوة والسكنى كما قدمناه (قوله وكذا الخلاف فى الاجارة الخ) ومدة الايلاء واليمين أن لا يكلم فلانا
أربعة أشهر وسن الرجل متى ولد كذلك وصوم الكفارات اذا شرع فيه فى وسط الشهر نهر (قوله ومدة
العنين بالايام اجماعا) اذا كان التأجيل فى أثناء الشهر شيخنا (قوله بعد التفريق) أى تفريق
القاضى والمراد أن يحكم بالتفريق بينهما شرنبلالية عن البحر ثم لو وطئها بعد ذلك حد كما فى الجوهرة
وغيرها وينبغى أن يقيد بما اذا انقضت عدتها منه نهر وبحر ودر وحموى وفى البحر وجوب العدة فيه
انما هو فى القضاء اما فى الديانة لو علمت أنها حاضت بعد آخر وطء ثلاثا حل لها التزوج من غير تفريق
ونحوه (قوله بان قال صريحا عزمت على ترك الخ) هذا فى المدخول بها كما فى السراج أما غير المدخول
بها فيكفى تفريق الابدان وهو أن يتركها على قصد أن لا يعود اليها شرنبلالية ومنه أى من العزم
على ترك وطئها الطلاق وانكار النكاح لو بحضرتها والخلوة فى النكاح الفاسد لا توجب العدة والطلاق
فيه لا ينقص عدد الطلاق لانه فسخ جوهرة ولا تعتد فى بيت الزوج در عن البزازية وعلم غير المتارك شرط

(والمرئى) أى ما تراه من الحيض يكون
محسوبا (منهما) وقال الشافعى لا تداخل
فيما اذا وطئها أجنبى بشبهة (وتتم) العدة
الثانية ان تمت) العدة (الاولى ومبدأ
العدة) فى الطلاق والوفاة (بعد الطلاق
و) بعد (الموت) مطلقا سواء علمت
بالطلاق أو الموت أو لا حتى لو لم تعلم
ومضت مدة العدة فقد انقضت عدتها
(ومشايخنا يفتون فى الطلاق بان ابتداءها
من وقت وجود الاقرار وهو اختيار
مشايخ بلخ) أيضا ثم تعتبر شهور العدة
فى الطلاق والوفاة بالاهلة اذا اتفق
ابتداؤها فى الغرة ولا بالايام عند
أبى حنيفة واحدى الروايتين عن أبى
يوسف ففى الطلاق تسعون يوما وفى
الوفاة مائة وثلاثون يوما وعند محمد وفى
رواية أخرى عن أبى يوسف يكمل
الشهر الاول من الاخير ثلاثين يوما
والباقى بالاهلة وكذا الخلاف فى
الاجارة والدين ومدة العنين بالايام
اجماعا (و) مبدأ العدة (فى النكاح
الفاسد بعد التفريق أو) بعد (العزم
بان قال صريحا عزمت (على ترك
وطئها) أو تركت وطئك

لصحة المتاركة هو الصحيح حتى لو لم يعلمها لا تنقضى عدتها حموى عن البرجندى (قوله وقال زفر من
آخر الوطئات) لانه المؤثر فى وجوبها وانما أن التمكن على وجه الشبهة أقيم مقام الوطء لعدم امكان الوقوف
عليه فاقيم الداعى اليه مقامه ولان الحاجة ماسة الى معرفة الاحكام فى حق غيرها كنكاح اختها
ولا يمكن بناء الاحكام الا على شئ ظاهر وهو المتاركة ولان السبب الموجب للعدة شبهة النكاح ورفع هذه
الشبهة بالتفريق ألا ترى أنه لو وطئها قبل المتاركة لا يحد و بعده يحد زيلعى وقوله و بعده يحد ينبغى حمله
على ما اذا كان بعد انقضاء العدة كما سبق عن البحر وغيره واعلم أن الصفار أخذ بقول زفر حموى عن
المفتاح وما فى شرح العينى من قوله وقال زفر من آخر الوطئات حتى لو كانت حاضت بعد الوطء قبل
التفريق ثلاث حيض فقد انقضت العدة لان المعنى الموجب للعدة فى النكاح الفاسد يجرى مجرى وطء
واحد بدليل أنه استند الى حكم العقد فما لم توجد الفرقة أو العزم على ترك وطئها فحكمه يتوقف
فلا تثبت به العدة مع جواز وجوده انتهى أى احتمال وجوده فيه خلل ظاهر والصواب أن يقال بعد
قوله حتى لو كانت حاضت بعد الوطء قبل التفريق ثلاث حيض فقد انقضت العدة وانما أن المعنى
الموجب للعدة الخ لا يستقيم الكلام بدونه (قوله والمدة تحتمل ذلك) فلو بالشهور فالقدر المذكور ولو
بالحيض فأقلها لحرة ستون يوما ولامة أربعون ما لم تدع السقط المستبين وما لم يكن طلاقها معلقا بولادتها
فيضم لذلك خمسة وعشرون للنفاس در (قوله فالقول لها مع الحلف) لانها أمينة كالمودع اذا ادعى رد
الوديعة أو هلاكها عينى واعلم أن التحليف قولهما لا قول الامام شرنبلالية (قوله ولو نكح معتدته الخ)
والمراد بالنكاح النكاح الصحيح فانه اذا كان الاول صحيحا والثانى فاسدا لا يلزم المهر ولا العدة اجماعا
بخلاف العكس فانه بمنزلة ما لو كان كلاهما صحيحا حموى عن البرجندى (قوله فيه اشارة الى أنه دخل
بها) اذ لو كان قبل الدخول لم تكن معتدة (قوله وطلقها قبل الوطء) ولو حكما نهر فلو قال قبل الوطء وقبل
الخلوة لكان أولى (قوله وجب مهر تام الخ) اعلم أن الدخول فى الاول دخول فى الثانى فى حق المهر
ووجوب العدة وأما فى حق الرجعة لو كان الطلاق رجعيا فلا يملكها وهذه احدى المسائل المبنية على
هذا الاصل وهو أن الدخول فى النكاح الاول دخول فى الثانى أولا وهى عشر مسائل بحر عن الفتح
والمعراج (قوله وعند زفر لا تجب عليها العدة أصلا) لزفر وهو القياس أن العدة الاولى بطلت بالتزوج
ولا تجب العدة بعد الطلاق الثانى ولا كمال المهر لانه قبل الدخول ومحمد يقول كذلك غير أن كمال العدة
الاولى وجب بالطلاق الاول لكنه لم يظهر حكمه حال التزوج الثانى فاذا ارتفع بالطلاق الثانى ظهر
حكمه ولهما أن الوطء قبض وهى مقبوضة فى يده بالقبض الاول لبقاء أثره وهو العدة فاذا عقد عليها ثانيا
وهى مقبوضة فى يده ناب القبض الاول عن القبض المستحق بالثانى كالغاصب اذا اشترى المغصوب وهو
فى يده يصير قابضا بمجرد العقد فكان طلاقا بعد الدخول زيلعى (قوله ولو طلق ذمى ذمية لم تعتد الخ)
وكذا اذا مات عنها زوجها الذمى لابى حنيفة أن العدة لو وجبت عليها لا يخلو اما أن تجب حقا للشرع
أو للزوج ولا وجه للاول لانها غير مخاطبة بحقوق الشرع ولا للثانى لان الزوج لا يعتقده وقد أمرنا بتركهم
وما يدينون ولو كانت حاملا لا تتزوج بالاجماع حتى تضع حملها لانه ثابت النسب وعلى هذا الخلاف
الحربية اذا خرجت الينا مسلمة أو ذمية أو مستأمنة ثم أسلمت أو صارت ذمية وهما يقولان ان هذه فرقة
وقعت بعد الدخول فى دار الاسلام بسبب التباين فيجب عليها العدة كما لو وقعت بسبب آخر نحو الموت
ومطاوعة ابن الزوج بخلاف ما اذا هاجر وتركها فى دار الحرب حيث لا يجب عليها العدة اجماعا لعدم
التبليغ حتى يجوز له ان يتزوج اختها أو أربعا سواها عقب دخوله دار الاسلام وله قوله تعالى ولا جناح
عليكم ان تنكحوهن مطلقا من غير قيد زيلعى قيد بالذمى لان المسلم لو كان تحته ذمية وجبت عليها العدة
من طلاقه ومن وفاته أيضا بلا خلاف ولو كانت لا تدين الا انها حقه ومعتقده نهر عن الفتح (قوله عند أبى
حنيفة) فلو تزوجها ذمى أو مسلم فى فور طلاقها جاز بحر عن فتح القدير (قوله اذا كان فى معتقدهم

وقال زفر من آخر الوطئات حتى اذا
حاضت بعد الوطء قبل التفريق
ثلاث حيض فقد انقضت
العدة عنده (وان قالت) المعتدة
(مضت عدتى) والمدة تحتمل ذلك
(وكذبها الزوج فالقول لها مع الحلف
ولو نكح معتدته) هى اشارة الى انه
دخل بها (وطلقها قبل الوطء وجب
مهر تام وعدة مبتدأة) أى مستقبلة
وهذا عندهما وعند محمد لها نصف المهر
وعليها اتمام العدة الاولى وعند زفر
لا تجب عليها العدة أصلا (ولو طلق ذمى
ذمية لم تعتد) عند أبى حنيفة وعندهما
تعتد وهذا الخلاف اذا كان فى معتقدهم
انه لا عدة عليها

انه لاعدة عليها) فاذا دانوها وجبت اتفاقا نهر
(فصــل فى الاحداد) لما ذكر العدة ومن عليها اردفه بذكر ما يجب فيها على المعتدات فانه فى المرتبة الثانية
من أصل وجوبها ولو أمرها المطلق أو الميت بترك الاحداد لم يحل لها ذلك لانه حق الشرع نهر عن المعراج
(قوله تحد) من حدت المرأة من باب نصر وضرب حدادا فهى حاد واحدت احدادا فهى محد والمشهور
انه بالحاء ويروى بالجيم من جددت الشئ قطعته نهر ومعنى تحد تتأسف كما فى المفتاح وعليه فلا اشكال
فى تعلق قوله بترك الزينة به وأما على تفسير الاحداد بترك الزينة فمشكل والجواب ممكن حموى وجه
الاشكال على اعتبار جعل الباء للملابسة لزوم كون الشئ ملابسا لنفسه فامان تجعل الباء للتصوير كما أثبته
بعضهم أو من ملابسة الكلى لجزئيه فالكلى ترك الزينة مطلقا بقيد كون ترك الزينة من المعتدة والجزئى
ترك المعتدة الزينة (قوله بعد وفاة الزوج) فيه قصور وكان عليه أن يقول أو طلاقها بائنا حموى (قوله
معتدة البت) ومنه الفرقة بخيار الجب والعنة وكذا اذا وقعت الفرقة باباته شيخنا فلا يحل الاحداد لمن مات
أبوها أو ابنها أو أمها أو أخوها وانما هو فى الزوج خاصة فتح قيل أراد به ما زاد على الثلاث لما فى الحديث من
اباحته للمسلمات على غير أزواجهن ثلاثة أيام وينبغى ان يقيد عدم حل ما زاد على الثلاثة بما اذا لم يرض
الزوج أو لم تكن مزوجة بقى هل له منعها فى الثلاث مقتضى الحديث انه ليس له ذلك والمذكور فى كتب
الشافعية ان له ذلك وقواعدنا لا تاباه وحينئذ فيحمل الحل فى الحديث على عدم منعه نهر وفى التتارخانية
لا تعذر فى لبس السواد وهى آثمة الا الزوجة فى حق زوجها فتعذر الى ثلاثة أيام قال فى البحر وظاهره
منعها من السواد تأسفا على موت زوجها فوق الثلاث در (قوله سواء كانت حرة او غيرها) لانها مخاطبة
بحقوق الشرع فيما ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع من الخروج لان فيه ابطال حقه وحق العبد
مقدم لحاجته هداية وهذا اذا لم يبوئها حتى لو كانت مبوأة لا يجوز لها الخروج الا أن يخرجها المولى
وعن محمد أن لها الخروج لعدم وجوب حق الشرع شرنبلالية عن التبيين وبخلاف الحج حيث لا يجب على
العبد والامة لحق المولى أيضا ولا حق للمولى فى تطيبها وتزينها لان الامة المنكوحة حرم عليه غاية بيان
(قوله لا حداد على الرجعية) أى لا يجب عليها ذلك بل له أن يضربها على تركها اذا امتنعت وهو يريدها
نهر (قوله بترك الزينة) بحلى أو حرير او امتشاط بضيق الاسنان در (قوله والطيب) ولا تحضر عمله
ولا تتجر فيه وان لم يكن لها كسب الا فيه نهر عن الفتح والمراد من منعها من التجارة فيه تعاطيها بنفسها
شرنبلالية (قوله والكحل) بالفتح هو استعمال الكحل بالضم (قوله والدهن) بفتح الدال مصدر دهن اسم
معنى وبالضم اسم عين نهر (قوله الا بعذر) قيد فى الكل فيجوز لها لبس الحرير للحكة والقمل والثوب
المصبوغ لعدم وجود غيره بقدر ما تستحدث ثوبا غيره اما ببيعه والاستحداث بثمنه أو من مالها ان كان لها
مال شرنبلالية عن الفتح وكذا استعمال الطيب والدهن للتداوى والكحل للرمد ونحوه قال فى النهر
وقوله فى البحر لو أخر هذا يعنى الا بعذر عن الجميع لكان أولى لما مر من جواز لبس المعصفر اذا لم تجد غيره
مدفوع بما قدمناه من أن قوله بترك الزينة شامل للكل والمذكور بعده تفصيل لذلك الاجمال انتهى
وتعقبه السيد الحموى بان ما ذكره فى النهر لا يدفع الاولوية التى ادعاها صاحب البحر (قوله وقال الشافعى
لا حداد فى المبتوتة) لورود النص فى المتوفى عنها زوجها عينى ولانه وجب اظهار اللتأسف على وفاة
زوج وفى بعهدها الى مماته وقد أوحشها بالابانة فلا تتأسف بفوته ولنا انه وجب اظهار اللتأسف على
فوات نعمة النكاح الذى هو سبب لصونها وكفاية مؤنتها والابانة أقطع لها من الموت حتى كان لها أن
تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها هداية والمؤنة على وزن الفعولة بفتح الفاء الثقل فى أمر المعاش فان قيل
كيف يجب التأسف عليها وقد قال تعالى لكيلا تأسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم قلنا المراد به الفرح
والاسى بصياح واما بدون الصياح فلا يمكن التحرز عنه وانما لم يجب على الرجل مع انه فاته نعمة النكاح لانه
تبع للعدة ولهذا لا يحل لها ذلك على غير الزوج كالولد لفقد العدة زيلعى (قوله أو اكتحلت لمعالجة فلا بأس

(وصل تحد) حداد المرأة ترك زينتها
وخضابها بعد وفاة الزوج لانها منعت
والحد المنع (معتدة البت) أى البائن
(والموت) مطلقا سواء كانت حرة أو
غيرها وقيد بهما لانه لا حداد على
الرجعية لان نعمة النكاح باقية (بترك
الزينة والطيب والكحل والدهن)
هما بالفتح مطلقا سواء كان مطيبا أو
غير مطيب (الا بعذر) وقال الشافعى
لا حداد فى المبتوتة فان اشتكت
راسها أو عينها فصبت عليها الدهن
او اكتحلت لمعالجة فلا بأس به

به)

به) مقتضى التعبير به كراهة التنزيه حموى (قوله ولكن لا تقصد به الزينة) ينظر حكم ما لو تركت والظاهر
الحظر حموى وأقول كان الظاهر أن يقول ينظر حكم ما لو قصدت (قوله وبترك الحناء) لانه طيب كذا
فى حديث أخرجه النسائى عينى (قوله وبترك لبس الثوب المعصفر والمزعفر) والمعنى فيه وجهان أحدهما
ما ذكرناه من اظهار التأسف والثانى أن هذه الاشياء دواعى الرغبة وهى ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كيلا
تصير ذريعة الى الوقوع فى المحرم هداية (قوله وان لم يكن لها الا الثوب المصبوغ فلا بأس به) لا بأس هنا
للاباحة من غير كراهة كما هو أحد استعمالها حموى (قوله ولكن لا تقصد به الزينة) بل ستر العورة مثلا
ومن الممنوع أيضا العصب نهر ويخالفه ما فى الزيلعى من قوله ولا تلبس ثوبا مصبوغا الا ثوب عصب
انتهى قال السهيلى العصب صبغ لا ينبت الا باليمن وفى اصباح العصب مثل فلس برد يصبغ غزله
ثم ينسج ولا يثنى ولا يجمع وانما يثنى ويجمع ما يضاف اليه فيقال برد عصب وبرود عصب والاضافة
للتخصيص ولا يجوز أن يجعل وصفا فيقال شريت ثوبا عصبا انتهى (قوله أما لو كان الثوب خلقا) قال
الفيومى خلق الثوب بالضم اذا بلى فهو خلق بفتحتين والجمع خلقان (قوله وهذا الحداد واجب عليها)
لقوله عليه الصلاة والسلام لا تلبس المتوفى عنها زوجها المعصفر من الثياب ولا الممشقة ولا الحلى
ولا تختضب ولا تكتحل نهر والثوب الممشق هو الثوب المصبوغ بالمشق وهو المغرة عينى وأما ما استدل
به الزيلعى من قوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام
الا على زوج فانها تحد عليه أربعة أشهر وعشرا الى آخره ففى وجه الاستدلال به اشكال لان مقتضاه
احلال الاحداد لكون الاستثناء من التحريم والاستثناء من التحريم احلال وليس الكلام فيه وانما
الكلام فى الايجاب وأجيب بان قوله عليه السلام لا يحل نفى لاحلال الاحداد ونفى احلال الاحداد نفى
الاحداد نفسه فحينئذ كان فى المستثنى اثبات الاحداد لا محالة فكان تقدير الحديث لا تحد المرأة على
ميت فوق ثلاثة أيام الا المتوفى عنها زوجها فكان واجبا لان اخبار الشرع آكد من الامر عناية (قوله
فلا يجب على الكافرة) الا اذا أسلمت فى خلالها يلزمها فى الباقى نهر عن الحدادى (قوله ولا على صبية)
ومجنونة وقياس ما مر انها لو بلغت أو افاقت فى أثنائها وجب عليها فيما بقى نهر (قوله وعند
الشافعى يجب عليهما الحداد) عبارة العينى وقالت الثلاثة عليهما الاحداد لاطلاق النصوص انتهى ولنا
أن الحداد حق الشرع وهما ليستا من أهل الخطاب قال السيد الحموى وفى وجوب الحداد على الصبية عند
الشافعى نظر فانها غير مخاطبة اتفاقا (قوله أى لا تحد أم الولد الخ) لانها ما فاتها نعمة النكاح لتظهر
التأسف والاباحة الاصل خصوصا فى حق النساء قال تعالى قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده (قوله
ولا معتدة النكاح الفاسد) أو وطء بشبهة أو طلاق رجعى در لانه لم يفتها نعمة النكاح (قوله ولا تخطب)
من الخطبة بكسر الخاء وحكى ابن يونس ضمها وهو غريب نهر (قوله معتدة) قال العينى أى معتدة كانت
وهذا شامل للمعتدة عن عتق أو نكاح فاسد أو غيرهما قيد بالمعتدة لان الخالية تخطب وقيده بعض
الشافعية بما اذا لم يخطبها غيره وترضى به فان سكتت فقولان وقواعدنا لا تاباه نهر (قوله وصح التعريض)
لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم الى أن قال ولكن لا تواعدوهن سرا
الا أن تقولوا قولا معروفا وهذا أى التعريض خاص بالمتوفى عنها زوجها فقط لان التعريض لا يجوز
للمطلقة لانه لا يجوز لها الخروج من منزلها أصلا فلا يتمكن من التعريض على وجه لا يقف عليه سواها فاما
المتوفى عنها زوجها فيباح لها الخروج نهارا فيمكنه التعريض على وجه لا يقف عليه سواها التعريض ذكر
شئ يستدل به على شئ آخر والكناية ذكر الرديف وارادة المردوف وقوله أو أكننتم أى سترتم ذلك فى
أنفسكم فلم تذكروه بالسنتكم لا مصرحين ولا معرضين وقوله ولكن لا تواعدوهن سرا أى وطئا الا أن
تقولوا قولا معروفا وهو أن تعرضوا ولا تصرحوا أى لا تواعدوهن قط الا مواعدة معروفة نهاية عن
الكشاف وفى النهر عن المغرب والفرق بينه وبين الكناية أن التعريض تضمين الكلام دلالة ليس

ولكن لا تقصد به الزينة ولو اعتادت
الدهن فخافت وجعا يحصل به لو لم تفعل
فلا بأس به اذا كان الغالب هو الحصول وكذا
لو احتاجت الى لبس الحرير لحكة
ولكن لا تقصد به الزينة
لا بأس به (و) بترك (الحناء و) بترك
(لبس) الثوب (المعصفر والمزعفر) ولا
وان لم يكن لها الا الثوب المصبوغ فلا
بأس به ولكن لا تقصد به الزينة قال
شمس الائمة الحلوانى المراد بالثياب
المذكورة الجديدة منها أما لو كان
الثوب خلقا لا يقع به الزينة فلا بأس
به وهذا الحداد واجب عليها (ان كانت
بالغة مسلمة) فلا يجب على الكافرة وان
أبانها مسلم أو مات عنها ولا على صبية
وعند الشافعى يجب عليهما الحداد فى
الموت (لا معتدة العتق) أى لا تحد أم
الولد اذا اعتقها مولاها أو مات عنها
(و) لا معتدة (النكاح الفاسد ولا تخطب
معتدة) صريحا بأن يقال لها انى اريد
أن أنكحك (وصح التعريض) فى
الخطبة بأن يقال لها انك جميلة أو صالحة
أو من غرضى ان أتزوج وعسى الله ان
ييسر لى امرأة صالحة ونحو ذلك من
الكلام اوهم

فهاذكر نحوما أقبح البخل تعريض بانه بخيل والكناية ذكر الرديف وارادة المردوف كطويل النجاد وكثير الرماد يعنى أنه طويل القامة ومضياف انتهى (قوله ولاتخرج معتدة الطلاق) لقوله تعالى لاتخرجوهن من بيوتهن ولايخرجن الا أن يأتين بفاحشة قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا فيخرجن لاقامة الحد عليهن والصغيرة تخرج فى الطلاق البائن لانها غير مأمورة بحكم الشرع بخلاف الرجعى حيث لاتخرج الا باذنه لقيام النكاح بينهما والكتابية تخرج لانها غير مخاطبة بحكم الشرع وللزوج أن يمنعها الصيانة مائه بخلاف الصغيرة لانه لايتوهم منها الحبل والمعتوهة كالكتابية زيلعى ومعتدة الفرقة بفسخ كمعتدة لبائن وكذلك المعتدة عن نكاح فاسد حموى عن البرجندى (قوله من بيتها) ولا الى صحن دار فيها منازل لغيره (قوله وبعض الليل) قدر ما تستكمل حوائجها (قوله وعن محمد الخ) لان اللازم عليها البيتوتة وهى الكينونة فى جميع الليل أو أكثره فى بيتها حموى عن البرجندى (قوله لان نفقتها عليها الخ) ويعرف من هذا التعليل انها لو كان لها قدر كفايتها صارت كالمطلقة فلايحل لها الخروج لزيارة أهلها ليلا ولانهارا نهر عن الفتح والمطلقة ليست كذلك لدرور النفقة عليها من مال زوجها درر حتى لو اختلعت على نفقتها يباح لها الخروج فى رواية للضرورة لمعاشها وقيل لايباح لها الخروج لانها هى التى اختارت ابطال النفقة فلايصلح ذلك لابطال حق عليها وبه كان يفتى الصدر الشهيد فكان كما لو اختلعت على أن لاسكنى لها فان مؤنة السكنى تسقط عن الزوج ويلزمها أن تكترى بيت الزوج ولايحل لها أن تخرج منه زيلعى وفى النهر حكى عن جامع قاضيخان تصحيح عدم جواز خروجها اذا اختلعت على السكنى موافقا لافتاء الصدر الشهيد وفى ابن الملك هو الاصح قال والحق أن على المفتى أن ينظر فى خصوص الوقائع فان علم فى واقعة عجز هذه عن المعيشة ان لم تخرج أفتاها بالحل والا أفتاها بالحرمة نهر عن الفتح (قوله وتعتدان فى بيت وجبت العدة فيه) لقوله عليه السلام لفريعة بنت مالك حين قتل زوجها ولم يدع مالا ترثه وطلبت أن تتحول لاهلها لاجل ارفق عندهم امكثى فى بيتك الذى أتاك فيه نعى زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله زيلعى وفريعة بضم الفاء وفتح الراء وسكون الياء وبالعين المهملة (قوله وجبت العدة فيه) أى وقعت الفرقة أو الموت حتى لو خرجت الى زيارة الابوين ونحوهما وطلقها الزوج أو مات عادت الى منزلها حموى عن البرجندى (قوله لابد من سترة بينهما) فى الطلاق البائن حتى لاتقع الخلوة بالاجنبية لانه معترف بالحرمة والظاهر انه اذا لم يرها لايباشر الحرام وان ضاق المنزل عليهما أو كان الزوج فاسقا فالاولى خروجه وان جاز خروجها وندب أن يجعل بينهما امرأة ثقة قادرة على الحيلولة احتياطا درر ونفقة المرأة القادرة على الحيلولة فى بيت المال نهر عن تلخيص الجامع ولا يقال ان المرأة على أصلكم لاتصلح أن تكون حائلة حتى قلتم لايجوز للمرأة أن تسافر مع نساء ثقات وقلتم بانضمام غيرها تزداد الفتنة فكيف تصلح هنا لانا نقول تصلح أن تكون حيلولة فى البلد لبقاء الاستحياء من العشيرة ولامكان الاستغاثة بجماعة المسلمين وباولى الامر منهم بخلاف المفاوز فى السفر زيلعى (تتمة) سئل شيخ الاسلام عن زوجين افترقا ولكل منهما ستون سنة وبينهما أولاد يتعذر مفارقتهم فيسكنان فى بيت ولايجتمعان فى فراش ولايلتقيان التقاء الازواج هل لهم ذلك قال نعم وأقره المصنف در (قوله اذا كان من ورثته من ليس بمحرم لها) وحصتها غير كافية لها فلها أن تخرج وان لم يخرجوها نهر عن الخانية (قوله الا أن تخرج) أى الا أن يخرجها الورثة فيما اذا كان نصيبها لايكفيها أو صاحب المنزل لعدم قدرتها على الاجرة وفى هذا الكلام اشارة الى أن كراء البيت على المعتدة وهذا فى معتدة الموت على الاطلاق وأما فى معتدة الطلاق فالكراء على الزوج الا اذا كان غائبا فعليها أن تعطى الكراء ان قدرت فان اعطته باذن القاضى رجعت عليه والا فلا حموى عن البرجندى وفى المجتبى كان نصيبها من الدار لايكفيها اشترت من الاجانب او لاده الكبار وكذا فى الطلاق البائن انتهى يعنى فيما اذا اختلعت على السكنى قال فى البحر وهو ظاهر فى وجوب الشراء عليها لو كانت قادرة والمراد ان لم ترض الورثة باجارتها اياه نهر لكن الذى رأيته بنسختى

(ولاتخرج) اى لايجوز أن تخرج (معتدة الطلاق) مطلقا سواء كان رجعيا أو بائنا (من بيتها) لاليلا ولانهارا حتى تنقضى العدة (ومعتدة الموت تخرج يوما وبعض الليل) وعن محمد أنها تخرج أقل من نصف الليل لان نفقتها عليها (وتعتدان) اى معتدة الطلاق والموت (فى بيت وجبت) العدة (فيه) وان كانت الفرقة بالبائن فى بيت الزوج ولم يكن له بيت آخر لابد من سترة بينهما وكذا هذا ان الوفاة اذا كان من ورثته من ليس بمحرم لها كذا فى المبسوط (الا أن تخرج) المرأة

المجتبى

المجتبى استترت من الاستتار در (قوله أوينهدم) فتنتقل للضرورة ثم قيل تنتقل حيث شاءت الا أن تكون مبتوتة فتنتقل الى حيث شاء الرجل لانه المخاطب بقوله أسكنوهن حموى عن شرح ابن الحلبى ومن الاعذار المبيحة للخروج الفزع الشديد من أمر الميت لانها لو لم تنتقل يخاف عليها من ذهاب العقل أو نحوه بخلاف قليل الخوف شرنبلالية (قوله هذا اذا كان المقصد ثلاثة أيام الخ) الأوجه الاطلاق نهر عن الفتح لانها بالرجوع تصير مقيمة وبالمضى مسافرة (قوله فهى مخيرة) وندب الرجوع ليكون الاعتداد فى منزل الزوج درر وعبارة السيد الحموى والاولى الرجوع على ما فى الكافى وعلى ما فى النهاية وغيرها يتعين الرجوع انتهى (قوله ولو ثلاثة رجعت أو مضت) ثلاثة بالنصب والتقدير ولو كانت المسافة ثلاثة أيام وبالرفع والتقدير ولو كان بينها وبين مصرها وهكذا شرح الشارح مسكين حموى عن ابن الشلبى (قوله فتخرج بمحرم بعد مضى العدة) فلو قبل مضيها لايجوز لها الخروج عند الامام مطلقا لابمحرم ولابغيره والحاصل ان المتن على قول الامام خلافا لما فى العينى من جعله المتن على قول الصاحبين وكأنه فهم أن المراد من قول المصنف فتخرج بمحرم يعنى ولو قبل انقضائها لكنه خلاف الظاهر من قوله ولو كانت فى المصر تعتد ثمة ولهذا حمله الشارح على ما بعد مضى العدة وذكر المرحوم الشيخ شاهين أن فى عبارة الشيخ العينى تقديما وتأخيرا والصواب ان يقال فتخرج بمحرم عنده واما عندهما فيجوز لها الخروج ولو قبل انقضائها

(باب ثبوت النسب)

مناسبته لسابقه انه يلزم من اعتداد ذوات الحمل ثبوت النسب حموى (قوله فنكحها فولدت) أشار الشارح بتقدير فنكحها الى أن الفاء فى قوله فولدت فصيحة على حد قوله تعالى فقلنا اضرب بعصاك الحجر فانفجرت حموى (قوله لزم نسبه) هذا استحسان وهو قول محمد الآخر لان النسب يحتاط فى اثباته والتصور ممكن بأن يتزوجها وهو مخالطها اما بأنفسهما وسمع الشهود كلامهما أو وكلا فى ذلك فوافق النكاح الانزال قال صدر الشريعة على أن الزوج ان علم أنه لم يكن على هذه الصفة وأنه لم يطأها فهو قادر على اللعان فلما لم ينف الولد باللعان فليس علينا نفيه عن الفراش مع تحقق الامكان انتهى وفيه بحث اذ كيف يقدر واللعان لايتم به اذ من شرائط اللعان قيام الزوجية وهى مطلقة عقب النكاح كذا فى الحواشى السعدية يعنى وبوضع الحمل انقضت العدة والا فالطلاق الرجعى لايمنع اللعان نهر بقى ان فى حمله على انه تزوجها وهو مخالطها حمل المسلم على ما لايجوز اذ المراد به الوطء كما فى الفتح ولهذا عدل بعض المشايخ عن هذا بأن قيام الفراش كاف ولا يعتبر امكان الدخول كما فى تزوج المشرقى بالمغربية ورد بأن التصور شرط وهو الحق ولهذا لم يثبت النسب من زوجة الصبى وهو أى التصور موجود فى المشرقى بأن يكون صاحب خطوة كرامة كما فى الدراية أو أن يكون له استخدام كما فى الفتح والاقتصار على الثانى اولى لان طى المسافة ليس من الكرامة فى شئ نهر (قوله وهو القياس) لان الوطء فى هذا العقد غير ممكن لوقوع الطلاق قبله من غير مهلة فوجب ان لايثبت نسبه زيلعى ووجه الاستحسان ما سبق بيانه (قوله ولزم مهرها بتمامه) لانه لما ثبت النسب منه تحقق الوطء منه حكما وهو أقوى من الخلوة فتأكد به المهر زيلعى (قوله وفى القياس وهو رواية عن ابى يوسف مهر ونصف) والجواب أنا اذا قدرنا انه تزوجها حالة المواقعة لم تكن المواقعة بعد الطلاق فلايلزمه الا مهر واحد وقول الزيلعى وكان ينبغى أن يجب مهران مهر بالوطء ومهر بالنكاح كما لو تزوج امرأة حال وطئها رده فى الفتح بانه اذا كان الاصح فى ثبوت هذا النسب امكان الدخول وتصوره ليس الا بما ذكر وقد حكم فيه بمهر واحد فى صريح الرواية فالفرع المشبه به مشكل لمخالفته لصريح المذهب وأيضا الفعل واحد وقد اتصف بشبهة الحل فيجب مهر واحد نهر ومحصله

(أوينهدم) ذلك البيت أو تخاف سقوطه أو خافت الغارة على متاعها واذا سكنت منزلا آخر لاتخرج من ذلك الا بعذر واذا (بانت أو مات عنها) زوجها (فى سفر و) الحال أن (بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام رجعت اليه) أى الى مصرها مطلقا سواء كانت فى المصر أو غيره هذا اذا كان المقصد ثلاثة ايام اما اذا كان المقصد اقل من ثلاثة ايام فهى مخيرة (ولو) كانت بينها وبين مصرها (ثلاثة ايام (رجعت أو مضت) اذا كان المقصد كذلك وهى فى المفازة ولكن الرجوع اولى اما اذا كان المقصد اقل من ثلاثة ايام تختار الادنى (معها ولى اولا) متعلق بالصورتين (ولو) كانت (فى مصر) وبينها وبين مصرها ومقصدها مدة السفر (تعتد ثمة) ولاتخرج مطلقا سواء كان لها محرم اولا (فتخرج بمحرم) بعد مضى العدة وعندهما وهو قول أبى حنيفة اولا ان كان معها محرم فلا بأس بان تخرج من المصر قبل ان تعتد وانما قيد بقوله بانت لانه لو طلقها رجعية تبعت زوجها ولاتفارقه لقيام النكاح واعلم ان هذه القيود التى ذكرناها فى هذه المسائل مما لابد منها

(باب ثبوت النسب)

(ومن قال ان نكحتها فهى طالق فنكحها (فولدت لستة أشهر مذ نكحها لزم نسبه) منه وقال زفر وهو قول محمد أولا لايثبت نسبه وهو القياس (و) لزم (مهرها) بتمامه وفى القياس وهو رواية عن أبى يوسف مهر ونصف مهر أما النصف فللطلاق قبل الدخول وأما المهر كله فبالوطء حكما لثبوت النسب وانما قال لستة أشهر

الطعن فى المقيس عليه حموى (قوله لانه اذا زاد أو نقص لا يثبت النسب) امافى النقص فظاهر لانه من
زوج سابق واما فى الزيادة فلاحتمال حدوثه بعد الطلاق لانا حكمنا بعدم وجوب العدة لكونه قبل
الدخول ولم يتبين بطلان هذا الحكم زيلعى وقوله لعدم وجوب العدة الخ يعنى فى صورة ولادتها الاكثر
لانها اذا ولدته لستة لاغير فالعدة عليها لحملها باثبات النسب قال فى الفتح ولا يخفى أن منعهم النسب فيما اذا
جاءت به لاكثر فى مدة يتصور أن يكون منه وهى سنتان ينافى الاحتياط فى اثباته واحتمال كونه حدث
بعد الطلاق فيما اذا جاءت به لستة أشهر ويوم فى غاية البعد فان العادة مستمرة بكونه أكثر منها ور بما
تمضى دهور ولم يسمع فيها ولادة لنصف حول فكان الظاهر عدم حدوثه وحدوثه احتمال فأى
احتياط فى اثبات النسب اذا نفيناه لاحتمال ضعيف يقتضى نفيه وترك ظاهر يقتضى ثبوته وليت
شعرى أى الاحتمالين أبعد الاحتمال الذى فرض لتصور العلوق منه أو احتمال كونه اذا زاد على
ستة أشهر يوما يكون من غيره انتهى وهو بحث لا دافع له بتمامه حموى (قوله ويثبت نسب ولد معتدة
الطلاق الرجعى) ولو بالاشهر لاياسها وفساد النكاح فى ذلك كصححه در وقوله لا ياسها أى لظن
اياسها لانه بولادتها تبين أنها لم تكن آيسة وحينئذ فما سيأتى من تعليل ثبوت نسب ولد معتدة الرجعى
اذا جاءت به لاكثر من سنتين ولو لعشرين سنة باحتمال كونها ممتدة الطهر شامل للمعتدة بالحيض
أو بالاشهر بناء على ظن الاياس فسقط ما عساه يقال كيف يتأتى التعليل باحتمال امتداد الطهر
بالنسبة للآيسة (قوله لاكثر من سنتين من وقت الفرقة) ولو لعشرين سنة فأكثر لاحتمال العلوق
فى العدة لاحتمال كونها ممتدة لطهر ولا مجال للحمل على الزنا والوطء بشبهة مع امكان الحبل وهو أولى
أيضا من كونها تزوجت بغيره لان البقاء أسهل من الابتداء وافهم كلامه أنها لو جاءت به لاقل منهما
ثبت نسبه بالاولى نهر (قوله مالم تقر بمضى العدة) أى فى مدة تحتمله بأن تكون ستين يوما على قوله
وتسعة وثلاثين يوما على قولهما (قوله ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر) الظاهر أن يقال ثم جاءت بولد
لستة أشهر فأكثر حتى تظهر فائدة التقييد وكان يفهم منه أنها لو جاءت به لاقل يثبت النسب فما كان
يحتاج الى التصريح به وانما ثبت فيما اذا جاءت به لاقل لظهور كذبها حموى (قوله وكانت رجعة فى
أكثر منهما) قضيته أنها لا تكون رجعة فى السنتين فقط وقوله لا أقل منهما يقتضى أنها رجعة فى
السنتين وهو المصرح به فى الاختيار ويجاب بأن غاية ما يلزم على المصنف أنه تعارض مفهوما كلاميه
وحينئذ لا ينسب له واحد منهما بخصوصه لان ذلك ترجيح بلا مرجح فيصير الحكم فى السنتين مسكوتا عنه
فيطلب حكمه من غير كتابه فحيث وجد مصرحا به رجع اليه فتدبر ووجه التدبر أن فى السنتين قولين
وأشار اليهما بمفهومى العبارتين حموى عبارة الاختيار وان جاءت به لسنتين أو أكثر كان رجعة لان
العلوق بعد الطلاق والظاهر أنه منه وانه وطئها فى العدة حملا لحالها على الاحسن والاصلح انتهى ومثله
فى الكافى ويخالفه ما فى شرح الرازى حيث قال وان جاءت به لسنتين يثبت النسب لانه يثبت بالشبهة
ولا يصير مراجعا الخ (قوله لا فى أقل) لانه كما احتمل أن يكون العلوق بعد الطلاق احتمل أن يكون قبله
فلا يكون مراجعا بالشك وأورد أن للاحتمال الاول مرجحا وأن الظاهر أن الحوادث تضاف الى أقرب
أوقاتها وأجيب بأن محله مالم يعارضه ظاهر آخر وهو الوطء فى العصمة لا فى العدة وفيه أيضا مخالفة
السنة فى الرجعة بالوطء والعادة وهى الرجعة باللفظ فكان ما قضت به العادة والسنة أرجح نهر (قوله وان
جاءت بولد لسنتين أو أكثر لا يثبت نسبه) لان وطئها فى العدة حرام والحمل لا يبقى أكثر من سنتين فلا وجه
لالحاق النسب به كذا قيل وفيه أن هذا التعليل انما يظهر اذا جاءت به لاكثر من سنتين اذ الحمل حادث
بعد الطلاق فلا يكون منه وأما اذا جاءت به لتمام سنتين فعدم ثبوته كما هو ظاهر كلامه مخالف لما سيأتى
من أن أكثر مدة الحمل سنتان ولرواية الايضاح والاسبيجابى والاقطع من انه يثبت اذا جاءت به لسنتين
ومن ثم جزم الزيلعى بحمل كلامه على الاول واجاب فى البحر بانه لو ثبت النسب فيما اذا جاءت به لسنتين

لانه اذا زاد أو نقص لا يثبت النسب
(ويثبت نسب ولد معتدة) الطلاق
(الرجعى وان ولدت لاكثر من سنتين)
من وقت الفرقة (مالم تقر بمضى
العدة) قيد به لانها اذا أقرت بانقضاء
العدة ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر
ثبت نسبه وان جاءت لستة أشهر
فصاعدا لم يثبت نسبه (وكانت) الولادة
(رجعة فى أكثر منهما) أى من
السنتين (لا فى أقل منهما و) يثبت
نسب ولد معتدة (البت لاقل منهما
والا) أى وان جاءت بولد لسنتين
أو أكثر (لا) يثبت نسبه

لزم أن يكون العلوق سابقا على الطلاق لعدم حل الوطء وبه يلزم أن يكون الولد فى بطن امه أكثر منهما
بخلاف غير المبتوتة لحل الوطء بعد الطلاق قال فى النهر ولزوم كون الولد فى البطن أكثر ممنوع بالحمل على
جعل العلوق فى حال الطلاق لانه حينئذ قبل زوال الفراش كما قرره قاضيخان وهو حسن والمسئلة مقيدة
بما اذا لم تلد توءمين أحدهما لاقل من سنتين والآخر لاكثر منهما فان ولدتهما ثبت نسبهما منه عندهما
خلافا لمحمد ومقيدة أيضا بان لا تقر بانقضاء العدة اذ لو أقرت به فان ولدت لاقل من ستة أشهر ثبت نسبه
والا فلا كما فى معتدة الرجعى ثم هذا الحكم مخصوص بالمبتوتة المدخول بها أما اذا لم تكن مدخولا بها فان جاءت
بولد لستة أشهر أو أكثر من وقت الفرقة لا يثبت النسب وان جاءت به لاقل منها ثبت حموى عن
البرجندى معزيا لمبسوط صدر الاسلام وقوله وان جاءت به لاقل منها ثبت أى لاقل من ستة أشهر من
وقت الفرقة ولستة فأكثر من وقت العقد (قوله الا ان يدعيه الزوج) استثناء مفرغ من قوله والا أى
لا يثبت فى حال من الاحوال الا فى الحال التى هى دعواه لانه التزمه وله وجه بان وطئها بشبهة فى العدة
بان ظن انها زوجته الاخرى فوطئها او ظن ان وطء المبتوتة فى العدة جائز كوطء معتدة الرجعى وفى مبسوط
صدر الاسلام هذه المسئلة تدل على ان وطء معتدة البائن ليس بزنا حيث ثبت النسب بالدعوة وقد نص
فى كتاب الحدود انه زنا حتى لو قضى عليه بوجوب الحد اذا لم يدع شبهة صح فلعل فى المسئلة روايتين وقيل
هذا محمول على انه تزوجها فى العدة ثم وطئها حملا لحال المسلم على الصلاح حموى عن البرجندى (قوله
فيثبت نسبه) لانه التزمه وفى اشتراط تصديقها روايتان والاوجه ان لا يشترط ولهذا لم يشترطه الا
السرخسى والبيهقى فدل على ضعف رواية الاشتراط وغرابتها كغرابة ما فى المجتبى من ان توقف ثبوت
النسب فيما اذا جاءت به للاكثر على الدعوة انما هو قول أبى يوسف واما عندهما فيثبت النسب بلا دعوة
لاحتمال الوطء بشبهة فى العدة انتهى وفى البدائع وكل جواب عرف فى العدة عن طلاق فهو الجواب
فى المعتدة عن غير طلاق من اسباب الفرقة قيل هذا مناقض للمنص عليه فى كتاب الحدود من أن المطلقة
بالثلاث اذا وطئها الزوج بشبهة كانت شبهة فى الفعل وفيها لا يثبت النسب وان ادعاه وجوابه كما فى البحر
تسليم ان شبهة الفعل لا يثبت النسب فيها وان ادعاه اذا كانت متمحضة للفعل والا فلا كالمطلقة
ثلاثا او على مال فانه يثبت النسب فيهما بالدعوة لان الشبهة فيهما لم تتمحض للفعل بل هى شبهة عقد ايضا
فلا يكون بين النصين تناقض وهذا أولى من حمل بعضهم المذكور هنا على المبانة بالكنايات فان الشبهة
فيها شبهة المحل واما المطلقة ثلاثا او على مال فلا يثبت فيها النسب بالدعوة لان المنصوص عليه هنا عم
من المبتوتة بالكنايات أو بالثلاث او على مال وقد صرح ابن الملك فى شرح المجمع ان من وطئ امرأة اجنبية
زفت اليه وقيل له انها امرأتك فهى شبهة فى الفعل وان النسب يثبت اذا ادعاه فعلم انه ليس كل شبهة
فى الفعل تمنع دعوى النسب قال شيخنا والمتمحضة للفعل وطء أمة ابويه وامة امرأته وأمة سيده والمرتهن
المرهونة لا يثبت النسب فيها وان ادعاه (قوله ويثبت نسب ولد المراهقة) أى المطلقة ولو بائنا والمراد
بالمراهقة صبية يجامع مثلها وهى فى سن يمكن ان تكون بالغة اى بنت تسع سنين فصاعدا ولم يظهر فيها
علامات البلوغ وانما اعتبر بتسعة أشهر لان ثلاثة اشهر مدة عدتها وستة أشهر اقل مدة الحمل حموى عن
شرح ابن الحلبى (قوله المدخول بها) فان لم يدخل بها فان جاءت به لاقل من ستة اشهر يعنى من وقت
الطلاق ثبت نسبه لا لاكثر نهر لحصول العلوق وهى اجنبية بحر عن الغاية (قوله مالم تقر بانقضاء العدة)
فان اقرت ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ثبت نسبه وان لستة أو اكثر لا يثبت لانقضاء
العدة باقرارها وما جاءت به لا يلزم كونه قبلها للتيقن بكذبها نهر وتبعه الحموى والذى يظهر ابدال قوله
للتيقن بكذبها بقوله لعدم التيقن بكذبها (قوله ولم تدع حبلا) فان اقرت به كان اقرارا منها بالبلوغ فيقبل
قولها فصارت كالكبيرة فى حق ثبوت النسب ان اقرت بانقضاء العدة بعد ثلاثة أشهر ثم جاءت بولد لاقل
من ستة أشهر من وقت الاقرار ولاقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه لظهور كذبها بيقين

(الا أن يدعيه) الزوج فيثبت نسبه
(و) يثبت نسب ولد (المراهقة) المدخول
بها مالم تقر بانقضاء العدة ولم تدع حبلا
ان ولدت

والالم يثبت نهر وقوله مالم تقر بانقضاء العدة الخ يعنى وكانت معتدة عن طلاق بدليل ماسيأتى من قوله
سواء كان رجعيا أو بائنا أما لو مات عنها زوجها ولم تقر بالحبل ولا بانقضاء العدة فعند ابى حنيفة ومحمد ان
ولدت لاقل من عشرة أشهر وعشرة ايام ثبت النسب لانه تبين انه كان موجودا قبل عدة الوفاة والالم يثبت
شيخنا (قوله لاقل من تسعة أشهر منذ طلقها) لان العلوق حينئذ يكون فى العدة درر (قوله
والالا يثبت) صادق بما اذا جاءت به لتسعة او اكثر فافى الدرر حيث اقتصر على قوله أى لو ولدت لتسعة
اشهر لا يثبت فيه قصور (قوله وعند ابى يوسف الى قوله وفى الرجعى الخ) لان الحبل من المراهقة
موهوم وشرط انقضاء عدتها بمضى الاشهران لا تكون حاملا وهو لا يعلم الامن جهتها فالم تقر بانقضاء
عدتها احتمل ان تكون حاملا بعلوق قبل الطلاق فى البائن وفى الرجعى بعلوق فى العدة وهذا القدر من
التصور كاف لثبوت النسب فيحمل عليه ولهما انا تيقنا بصغرها فلا يزول بالشك وهو مناف للحمل
ولانقضاء عدتها جهة متعينة وهى مضى الاشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء فصار كما لو أقرت بذلك
بل هو فوقه لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله زيلعى (قوله لاقل من سبعة وعشرين شهرا) لانه يحتمل
انه وطئها فى آخر عدتها وهى ثلاثة اشهر ثم مدة الحمل سنتان شيخنا عن الغاية (قوله هذا اذالم تقر بانقضاء
العدة ولم تدع حبلا) كذا فى النسخ وهذا تكرار محض فقد قدم فى مزج كلام المصنف ان المراد بالمراهقة
المدخول بها التى لم تقر بانقضاء العدة ولم تدع حبلا حموى وأجاب شيخنا بانه ذكره اولا على وجه الاجمال
وثانيا على وجه التفصيل فلا تكرار (قوله وكانت هى كالكبيرة فى نسب ولدها) فان كان بائنا ثبت
نسب ولدها الاقل من سنتين وان كان رجعيا ثبت نسبه اذا جاءت به لاقل من سبعة وعشرين شهرا بخلاف
الكبيرة فى الرجعى فانه يثبت ولو لاكثر من سنتين وان طال الى سن الاياس لجواز امتداد طهرها ووطئه
فى آخر الطهر بحر (قوله ثم جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر) من وقت الاقرار ولاقل من تسعة اشهر من
وقت الطلاق ثبت نسبه لظهور كذبها بيقين زيلعى ونهر ومنه يعلم ان الشارح اطلق فى محل التقييد
(قوله وان ولدت لستة اشهر او اكثر لم يثبت) لان الجهة وهو الاعتداد بالاشهر قد تعينت بدون الاقرار
فمع الاقرار أولى بخلاف الآيسة اذا اقرت بانقضاء عدتها مفسرا بالاشهر ثم جاءت بولد لاقل من سنتين حيث
يثبت نسبه والفرق أن الآيسة بالولادة تبين انها لم تكن آيسة بل كانت من ذوات الاقراء ولا كذلك
الصغيرة ولهذا لم تستأنف العدة اذا حاضت بعد انقضاء عدتها والآيسة تستأنف زيلعى (قوله لاقل منهما)
من وقته أى الموت اذا كانت كبيرة ولو غير مدخول بها اما الصغيرة فان ولدت لاقل من عشرة اشهر
وعشرة أيام ثبت والالا در (قوله مالم تقر بانقضاء العدة) ولو اقرت بمضيها بعد اربعة اشهر وعشر فولدت
لستة اشهر لم يثبت واما الآيسة فكحائض لان عدة الموت بالاشهر للكل الا الحامل در (قوله لافى
الاكثر) لان الحمل لا يبقى فى البطن اكثر من سنتين حموى ولم أر من صرح بالسنتين فينبغى ان تكون
كالاكثر كما تقدم فى نظيره بحر (قوله وقال زفر ان ولدت لتمام عشرة اشهر الخ) بان جاءت به بعد انقضاء
عدة الوفاة لستة اشهر قاسه على ما اذا أقرت بالانقضاء ولنا ان النسب يحتاط فى اثباته والولد يبقى فى البطن
الى سنتين فاذا لم تقر بالانقضاء حمل على كونها حاملا فلا تنقضى عدتها بالاشهر ويثبت النسب الى سنتين
حموى عن شرح ابن الحلبى (قوله وسواء كانت العدة عدة الطلاق الخ) البائن والرجعى فيه سواء شيخنا
(قوله او الوفاة) فما فى الدرر من تقييده بالطلاق ليس احترازيا عن معتدة الموت بل الحكم فيه كذلك شيخنا
(قوله لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار) لما مر من ان العلوق حينئذ يكون فى العدة لظهور كذبها
بيقين حيث اقرت بالانقضاء ورحمها مشغول بالماء درر هذا اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت
الاقرار ولاقل من سنتين من وقت الطلاق او الوفاة والا فلا يثبت نسبه ولو ولدته لدون ستة اشهر
شرنبلالية عن التبيين وقول المصنف من وقت الاقرار هو المسطور فى الهداية وغيرها وهو الصواب ووقع
فى عبارة صدر الشريعة الطلاق مكان الاقرار قال فى الدرر وكانه سهو من الناسخ الاول انتهى واعلم ان

ثبوت

(لاقل من تسعة اشهر) منذ طلقها (والالا) يثبت مطلقا سواء كان رجعيا او بائنا عندهما وعند ابى يوسف ان ولدت لاقل من سنتين منذ طلقها ثبت النسب فى الطلاق البائن وفى الرجعى ان ولدت لاقل من سبعة وعشرين شهرا يثبت النسب منه وان ولدت لاكثر من ذلك لا يثبت هذا اذا لم تقر بانقضاء العدة ولم تدع حبلا اما اذا ادعت حبلا فذلك اقرار منها بانها بالغة وقولها فى ذلك مقبول وكانت هى كالكبيرة فى نسب ولدها وان أقرت بمضى العدة بعد ثلاثة اشهر ثم جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر ثبت نسبه منه وان ولدت لستة اشهر او اكثر لم يثبت نسبه (و) اذا ولدت (لاقل منهما) أى من السنتين ولدت (لاقل منهما) أى من السنتين ثبت نسب ولد معتدة (الموت) اذا ولدت (لاقل منهما) أى من السنتين لا فى الاكثر مالم تقر بانقضاء العدة وقال زفر ان ولدت لتمام عشرة اشهر وعشرة ايام من حين مات الزوج لم يثبت (و) يثبت نسب ولد المعتدة (المقرة بمضيها) مطلقا سواء كانت كبيرة او مراهقة وسواء كانت العدة عدة الطلاق او الوفاة ان ولدت (لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار

ثبوت نسب ولد المقرة بمضى العدة اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار ولاقل من سنتين من
وقت الفراق بالموت او بالطلاق مقيد بما اذا قالت انقضت عدتى الساعة ثم ولدت لاقل من ستة اشهر من
ذلك الوقت والا فلا يعلم اليقين لو قالت انقضت عدتى ولم تقل الساعة ثم جاءت به لاقل من ستة اشهر من
وقت الاقرار ولاقل من سنتين من وقت الفراق اذ يمكن صدقها فينبغى ان لا يثبت نسبه شرنبلالية
عن التبيين لانها اذا قالت انقضت عدتى وأطلقت احتمل ان يكون الانقضاء سابقا على اخبارها
به فلا يظهر كذبها اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار شيخنا (قوله والالا) لعدم التيقن
بكذبها لاحتمال الحدوث بعده اى بعد الاقرار نهر (قوله وعند الشافعى يثبت) لان حمل أمرها على
الصلاح ممكن فوجب الحمل عليه وفى ضده حمله على الزنا وفيه اضرار على الولد بابطال حقه فى النسب
فيرد اقرارها ولنا انها امينة فى الاخبار فيقبل قولها ولا يلزم من قطعه عنه كونه من الزنا لاحتمال انها
تزوجت بغيره على ان ابطال حق الغير بقول الامين جائز اذا لم يكن مكذبا شرعا الا ترى انها تصدق فى
انقضاء عدتها بالاقراء وان تضمن ابطال حق الزوج فى الرجعة زيلعى (قوله ويثبت نسب ولد المعتدة ان
جحدت ولادتها الخ) شامل للطلقة رجعيا وفيه اذا جاءت به لاكثر من سنتين اشكال لان الفراش ليس
بمنقض فى حقها لانها تكون مراجعة لكون العلوق فى العدة على ما بينا فينبغى ان يثبت نسب ولدها
بشهادة القابلة من غير زيادة شىء آخر كما فى المنكوحة زيلعى وقال الكمال واطلاق المصنف يشمل المعتدة
عن وفاة وطلاق بائن أو رجعى فيوافق تصريح قاضيخان وفخر الاسلام بجريان الخلاف فى الرجعى وشمس
الائمة قيد صورة المسئلة بالبائن وكذا صاحب المختلف واذا تقرر ان النكاح بعد الرجعى قائم من كل وجه
يتجه تقييد الخلاف بالبائن ويكون الرجعى كالعصمة القائمة حتى حل الوطء ودواعيه قال فى الشرنبلالية
فاتضح اشكال الزيلعى واقول قد ظهر لى ما به يحصل التوفيق بان نقول ماذكره قاضيخان وفخر الاسلام
من جريان الخلاف فى المعتدة عن رجعى ايضا يحمل على ما اذا جاءت به لاقل من سنتين وماذكره شمس الائمة
وصاحب المختلف من تقييد المسئلة بالمعتدة عن وفاة أو طلاق بائن وعليه فلا يكون الاطلاق متناولا
للمعتدة عن رجعى يحمل على ما اذا جاءت به المعتدة عن رجعى لاكثر من سنتين وحينئذ لا يرد ماذكره الزيلعى
من الاشكال ثم رايت التصريح بالتوفيق فى البحر واقره فى النهر والحموى (قوله بشهادة رجلين الخ)
استفيد من كلام المصنف ان معتدة الوفاة اذا جاءت بالولد لاقل من سنتين وقد جحد الورثة حملها ولم يكن
ظاهرا ولا اعترف به زوجها واخبرت القوابل بعدمه واقامت المعتدة بينة على ولادتها من المتوفى ثبت
وظهر كذب القوابل فى قولهن انها ليست حاملا ولا يضر تناقضها فى تاريخ حملها لان الحمل مما يخفى وقته وما
كان طريقه الخفاء يعفى فيه التناقض كما سيأتى فى باب الاستحقاق وهذا جواب شيخنا لحادثة سئل عنها ثم
قيل تقبل شهادة الرجلين ولا يفسقان بالنظر الى العورة اما لكونه قد يتفق ذلك من غير قصد نظر ولا تعمد
او للضرورة كما فى شهود الزنا زيلعى على أن الشهادة قد تكون بدون النظر كما اذا دخلت بيتا بحضرتهم
يعلمون انه ليس فيه غيرها ثم خرجت ومعها ولد فيعلمون انها ولدته نهر (قوله او حبل ظاهر) وظهور
الحبل ان تأتى به لاقل من ستة اشهر من وقت الفراق كما فى السراج وقال الشيخ قاسم المراد بظهور الحبل ان
تكون امارات حملها بالغة مبلغا يوجب غلبة ظن كونها حاملا لكل من شاهدها شرنبلالية (قوله او اقراره
به) أى بالحبل لان النسب فى هذين ثابت قبل الولادة كذا فى الفتح وهذا ظاهر فى انها لو ولدت وكان
الحبل ظاهرا فانكرها اكتفى بالشهادة بكونه كان ظاهرا نهر (قوله بشهادة امرأة مقبولة الشهادة) لان
الفراش قائم لقيام العدة اذ معنى الفراش ان تتعين المرأة للولادة لشخص واحد والمعتدة بهذه الصفة
والحاجة بعد ذلك الى اثبات الولادة وتعيين الولد وذلك يثبت بالقابلة كما فى حال قيام النكاح او الحبل
الظاهر او اقرار الزوج بالحبل ولابى حنيفة ان العدة تنقضى باقرارها بوضع الحمل فزال الفراش والمنقضى
لا يكون حجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فيشترط فيه كمال الحجة بخلاف ما اذا كان الحبل ظاهرا

(والا) أى وان ولدت لستة اشهر او اكثر (لا) يثبت النسب منه مطلقا وعند الشافعى يثبت مالم تتزوج (و) يثبت نسب ولد (المعتدة ان جحدت ولادتها) بشهادة رجلين او رجل وامرأتين او حبل ظاهر او اقراره به) اى بالحبل عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد يثبت النسب فى الجميع بشهادة امرأة مقبولة الشهادة

أو اعتراف من جهته او النكاح قائما ومبنى الخلاف على ان الفراش باق ام انقضى قالا بالاول لقيام العدة والحاجة الى شهادة الواحدة لتعيين الولد وقال الامام بالثانى لاقرارها بوضع الحمل والمنقضى ليس بحجة وهل على قولهما تقبل شهادة رجل واحد قيل نعم نهر (قوله او تصديق الورثة) قيد بكون المصدق جمعا من الورثة لان المصدق لو كان رجلا او امرأة لم يشارك جميع الورثة ولو صدقها رجل وامرأتان منهم شارك المصدقين والمكذبين كذا فى شرح الجامع الصغير لكن ذكر فى البدائع ان العدد انما اشترطه من جعل التصديق شهادة اما على من جعله اقرارا فلا يشترط العدد أيضا وظاهر عبارة الخانية انه لا بد من العدد عند الكل ليتعدى فى حق الكل بحر وقوله فى حق الكل أى كل الورثة المصدقين والمكذبين جميعا (قوله ان مات بعد الانكار) أى ان مات الزوج (قوله هذا فى حق الارث ظاهر) لانه خالص حقهم (قوله ان كانوا من اهل الشهادة) يحترز به عما اذا لم يكونوا من اهل الشهادة فانه لا يثبت الا فى حق المقرين منهم (قوله بان صدقها رجلان) أى عدلان شيخنا وفى الدر ما نصه ونقل المصنف عن الزيلعى ما يفيد اشتراط العدالة ثم قال فقول شيخنا وينبغى ان لا تشترط العدالة مما لا ينبغى قلت وفيه انه كيف تشترط عدالة المقر اللهم الا ان يقال لاجل السراية الخ (قوله وجب الحكم باثبات نسبه) استحسانا لانهم قائمون مقام الميت فيشارك المصدقين والمكذبين جميعا زيلعى (قوله والصحيح انه لا يشترط لفظ الشهادة) وجهه ان ثبوت نسب من ولدته المعتدة بعد موت زوجها على انكار ولادتها فى حق غير المصدقين تبع للثبوت فى حقهم والتبع يراعى فيه شرائط المتبوع لا شرائط نفسه زيلعى (قوله فصاعدا) اى أو اكثر من ستة اشهر من وقت التزوج وانتصابه على الحال وذو الحال محذوف تقديره فذهب صاعدا كما فى قوله اذهب راشدا عينى (قوله ان سكت الزوج او اعترف) قيد به للاحتراز عما لو نفاه ولاعن (قوله وان كان اقل منه لا يثبت منه) لان العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه ويفسد النكاح لاحتمال انه من زوج آخر بنكاح صحيح او شبهة عينى وكذا لو أسقطت لاقل من اربعة اشهر اذا كان قد استبان خلقه لانه لا يستبين فى اقل منها ولو جاءت به لستة من غير زيادة كانت كالاكثر لاحتمال انه تزوجها واطئا لها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط فى اثباته نهر (قوله فبشهادة امرأة) او رجل كما فى الجوهرة وظاهر تنكير المرأة انه لا فرق بين ان تكون قابلة او لا حموى (قوله مقبولة الشهادة) بان كانت حرة مسلمة عدلة نهر (قوله يثبت نسبه) لان الفراش قائم والمدة تامة فوجب القول بثبوته اعترف به او سكت او انكر زيلعى (قوله حتى لو نفى الزوج بعده يلاعن) ولا ينتفى الا باللعان لانه ولد المنكوحة ولا يقال كيف يجب اللعان بنفى نسب ثبت بشهادة المرأة وهو حد على ما عرف لانا نقول النسب لا يثبت بشهادة المرأة وانما يثبت بها تعيين الولد ثم يثبت النسب بعد ذلك بالفراش ضرورة كونه مولودا فى فراشه زيلعى (قوله فالقول لها وهو ابنه) لان الظاهر يشهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح فان قيل الظاهر يشهد له ايضا لان الحوادث تضاف الى اقرب الاوقات والنكاح حادث قلنا النسب مما يحتال لاثباته احتياطا للولد الا ترى انه يثبت بالايماء مع القدرة على النطق وسائر التصرفات لا تثبت به زيلعى (قوله أى ولده) فى هذا التفسير نظر فان الولد اعم من الابن والتفسير بالاعم لا يجوز حموى (قوله ويجب أن تحلف عندهما) لان الاختلاف هنا فى النسب والنكاح وهما من الستة المختلف فيها قال فى النهر وسيأتى ان الفتوى انها تحلف ولا تحرم عليه بهذا لجواز ان تكون حاملا من زنا حين تزوجها قال فى الشرنبلالية قلت ولا تسمع بينته ولا بينة ورثته على تاريخ نكاحها بما يطابق قوله لانه شهادة على النفى معنى فلا تقبل والنسب يحتال لاثباته مهما امكن والامكان ههنا بسبق التزوج بها سرا بمهر يسير وجهرا باكثر سمعه الشهود وهذا جوابى لحادثة انتهى (قوله ولم تطلق عند أبى حنيفة) لانها ادعت الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة لان قبول شهادة النساء ضرورية فلا تظهر فى حق الطلاق لانه ليس من ضرورات الولادة اذ الطلاق ينفك عن الولادة فى الجملة وان صار من لوازمها هنا باتفاق الحال كمن اشترى

(او تصديق الورثة) ان مات بعد الانكار ولم يشهد بالولادة احد هذا فى حق الارث ظاهر وفى حق النسب ان كانوا من اهل الشهادة بان صدقها رجلان أو رجل وامرأتان منهم وجب الحكم باثبات نسبه ويشترط لفظ الشهادة فى مجلس الحكم عند البعض والصحيح انه لا يشترط لفظ الشهادة وفى الكتاب اشارة اليه حيث قال او تصديق الورثة (و) يثبت نسب ولد (المنكوحة لستة اشهر فصاعدا) من وقت النكاح (ان سكت الزوج أو اعترف وان كان اقل منه لا يثبت منه (وان جحد) الزوج الولادة فى حال قيام النكاح (فبشهادة امرأة) مقبولة الشهادة (على الولادة) يثبت نسبه منه حتى لو نفى الزوج بعده يلاعن وذلك عندنا وعند الشافعى بشهادة اربع نسوة وعند مالك وابن أبى ليلى بشهادة امرأتين وعند زفر لا يثبت بشهادة النساء (فان ولدت ثم اختلفا فقالت نكحتنى منذ ستة اشهر وادعى) الزوج (الاقل فالقول لها وهو ابنه) أى ولده ويجب ان تحلف عندهما خلافا لابى حنيفة فان حلفت يثبت نسبه منه وان نكلت فلا (ولو علق طلاقها بولادتها) فقالت ولدت (وشهدت امرأة) قابلة مقبولة الشهادة (على الولادة) لم تقبل و(لم تطلق) عند أبى حنيفة

لحما فاخبره عدل انه ذبيحة المجوسى قبلت شهادته فى حق حرمة اللحم لا فى حق الرجوع على البائع بالثمن زيلعى (قوله وعندهما تقبل فتطلق) لان شهادتهن حجة فيما لا يطلع عليه الرجال عينى (قوله بلا شهادة) لان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضى اليه وهو الولادة ولانه أقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها فى رد الامانة وعلى هذا الخلاف لو كان الحبل ظاهرا (قوله وعندهما تشترط شهادة القابلة) لانها تدعى الحنث فلا يقبل قولها بدون الحجة وشهادة القابلة حجة فى مثله على ما ذكرنا عينى واما النسب ولوازمه كامومية الولد فلا يثبت بدون شهادة القابلة اتفاقا قادر وقوله كامومية الولد يعنى اذا كانت امة ودخل تحت الكاف اللعان ووجوب الحد عند عدم اهليته له (قوله واكثر مدة الحمل سنتان) لقول عائشة رضى الله عنها الولد لا يبقى فى البطن اكثر من سنتين ولو بظل مغزل درر أى بقدر مكث ظله حين الدوران وهذا تمثيل لغاية السرعة فان ظل المغزل حالة الدوران أسرع زوالا من سائر الظلال ورواية المبسوط والايضاح وبعض نسخ الهداية ولو بفلكة مغزل أى ولو بدورة فلكة مغزل والمغزل بتثليث حركات الميم وفتح الزاى عزمى والفلكة بفتح الفاء مجرمدور مثقوب تجعله النساء فى المغزل شيخنا (قوله وعند الشافعى أربع سنين) وهو المشهور من مذهب مالك وابن حنبل وقال ربيعة سبع سنين وقال الليث بن سعد ثلاث سنين وقال عباد ابن العواد خمس سنين وعن الزهرى ست سنين وقال أبو عبيدة ليس لاقصاه وقت يوقف عليه وتعلقوا فى ذلك بحكايات منها ما روى ان الضحاك بقى فى بطن امه أربع سنين فولدته امه وقد نبتت ثناياه وهو يضحك فسمى بذلك والحجة عليهم ما سبق عن عائشة وهو محمول على السماع لانه لا يدرك بالرأى ولان احكام الشرع تنبنى على الاعم الاغلب وما زاد على ذلك فى غاية الندرة فلا تتعلق بها الاحكام زيلعى (قوله واقلها ستة أشهر) بالاجماع لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال وفصاله فى عامين فبقى للحمل ستة اشهر روى هذا عن على وابن عباس عينى (قوله فلو نكح امة فطلقها) واحدة كما سيجىء واعلم أن الطلاق ليس بقيد قال الزيلعى وكذلك اذا اشترى زوجته قبل ان يطلقها فى جميع ما ذكرنا من الاحكام لان النكاح يفسد بالشراء وتكون معتدة ان كان بعد الدخول حتى لا يجوز له أن يزوجها لغيره ما لم تحض حيضتين فيكون ما ولدته قبل ستة اشهر ولد المنكوحة وبعده ولد المملوكة لما بينا أن الحوادث تضاف الى اقرب الاوقات الخ (قوله فاشتراها) ليس بقيد بل المراد انها دخلت فى ملكه باى سبب كان ولا بد من كونه قبل الاقرار بانقضاء عدتها قيد به فى الفتح قال فى البحر ولم يبين مفهومه واقول انما لم يبينه استغناء بما مر من انه مع الاقرار يشترط ان تأتى به لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار لا من وقت الشراء كما قال هنا نهر (قوله لزمه) سواء اقربه أو نفاه زيلعى (قوله أى يثبت نسبه منه بلا دعوة) لانه ولد المعتدة لتقدم العلوق على الشراء لانه لما طلقها وجبت عليها العدة ثم بالشراء لم تبطل العدة فى حق غيره وان بطلت بالنسبة اليه لحلها له بملك اليمين زيلعى (قوله لا يثبت نسبه منه الا أن يدعيه) لانه ولد المملوكة لا المعتدة لتأخر العلوق عن الشراء زيلعى (قوله الا أن تلد لاقل من ستة أشهر مذ طلقها) ولتمام ستة اشهر أو اكثر من وقت التزوج لان العلوق حدث فى حال قيام النكاح وان كان أقل لا يلزمه لان العلوق سابق على التزوج زيلعى (قوله الى سنتين من وقت الطلاق) لانه لا يمكن اضافة العلوق الى ما بعد الشراء للحرمة الغليظة فيضاف الى ابعد الاوقات وهو ما قبل الطلاق حملا لامرها على الصلاح (قوله ان كان فى بطنك الخ) قيد بالتعليق لانه لو قال هذه حامل منى لزمه الولد وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر الى سنتين حتى ينفيه نهر عن الغاية (قوله فشهدت امرأة) ظاهره يعم غير القابلة در (قوله يثبت نسبه منه) لان سبب ثبوت النسب وهو الدعوة قد وجد من المولى بقوله فهو منى وانما الحاجة الى تعيين الولد وهو يثبت بشهادة القابلة اتفاقا درر (قوله بلا دعوة) عبارة العينى لانه يثبت بدعوته ولا يخفى ما بينهما من المخالفة ويمكن حمل كلام الشارح على ما بعد الانفصال فلا تشترط الدعوة وكلام العينى على ما قبله فلا مخالفة كذا قيل واقول الظاهر أن مراد العينى بالدعوة فى قوله لانه يثبت بدعوته ما سبق من قوله ان كان فى بطنك ولد فهو منى فلا حاجة الى

وعندهما تقبل فتطلق هذا اذا لم يقر بالحبل (وان كان اقر بالحبل) ثم علق طلاقها بالولادة فقالت ولدت وكذبها الزوج (طلقت بلا شهادة) قابلة عنده وعندهما تشترط شهادة القابلة (واكثر مدة الحمل سنتان) من وقت التزوج وعند الشافعى أربع سنين (واقلها ستة أشهر فلو نكح امة فطلقها فاشتراها فولدت لاقل من ستة أشهر منه) أى من وقت الاشترا (لزمه) أى الولد الرجل أى يثبت نسبه منه بلا دعوة (والا) أى وان ولدت لستة أشهر أو اكثر (لا) يثبت منه الا أن يدعيه هذا اذا طلقها بعد الدخول بها بائنا واحدا او خلعا او رجعيا اذ لو كان قبل الدخول بها لا يلزمه الولد الا أن تلده لاقل من ستة أشهر مذ طلقها وان طلقها ثنتين حتى حرمت عليه حرمة غليظة يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق (ومن قال لامته ان كان فى بطنك ولد فهو منى) فقالت ولدت (فشهدت امرأة) قابلة مقبولة الشهادة (على الولادة) يثبت نسبه منه بلا دعوة (وهى ام ولده)

دعوة اخرى وهذا هو محمل قول الشارح بلا دعوة فتدبر (قوله هذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من
وقت الاقرار) لتيقننا بوجوده فى ذلك الوقت زيلعى (قوله اما اذا ولدت لستة اشهر فصاعدا فلا يلزمه)
لاحتمال العلوق بعده زيلعى (قوله يرثانه) والقياس ان لا يكون لها الارث لان النسب يثبت بالنكاح
الفاسد وبالوطء بشبهة وبامومية الولد فلا يكون الاقرار به اقرارا بالزوجية ولوجه الاستحسان ان المسئلة
مفروضة فيما اذا كانت معروفة بالحرية والاسلام وبكونها أم الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين للنسب
فعند اقراره بالبنوة يحمل عليه ما لم يظهر خلافه لا يقال ان النكاح ثبت مقتضى ثبوت النسب فيقدر
بقدر الحاجة لانا نقول النكاح غير متنوع الى نكاح موجب للارث والنسب والى غير موجب لهما فاذا
تعين النكاح الصحيح لزم بلوازمه زيلعى (قوله فقال وارثه الخ) ليس بقيد بل الجهل بالحرية كاف فى منع
ارثها سواء قال الوارث ذلك أم لا أو كان صغيرا وفى سكوته عن المهر ايذان بعدم وجوبه وأوجب الاتقانى
لها مهر المثل لانهم أقروا بالدخول ولم يثبت كونها أم ولد بقولهم وارتضاه فى الفتح ورده الاتقانى بان
الدخول انما يوجب مهر المثل فى غير صورة النكاح اذا كان الوطء عن شبهة ولم يثبت النكاح هنا والاصل
عدم الشبهة نهر (قوله فلا ميراث لها) لان الحرية الثابتة بظاهر الحال تصلح لدفع الرق ولا تصلح
لاستحقاق الارث كاستصحاب الحال وعلى هذا لو قال الوارث انها كانت نصرانية وقت موت أبى ولم يعلم
اسلامها فيه أو قال كانت زوجة له وهى امة ينبغى ان لا ترث لما قلنا زيلعى (تتمة) لثبوت النسب ثلاث
مراتب احداها النكاح وما فى معناه من النكاح الفاسد والحكم فيه انه يثبت من غير دعوة ولا ينتفى بمجرد
النفى وانما ينتفى باللعان فى النكاح الصحيح دون الفاسد اذ لا لعان فى النكاح الفاسد الثانية أم الولد والحكم
فيها أن يثبت النسب من غير دعوة وينتفى بمجرد النفى وهذا اذا كان يحل له وطؤها والا لم يثبت بدون
الدعوة كام ولد كاتبها مولاها أو أمة مشتركة بين اثنين استولداها ثم جاءت بولد لا يثبت الا بالدعوة الثالثة
الامة اذا جاءت بولد لا يثبت النسب بدون الدعوة عندنا خلافا للشافعى حموى عن الظهيرية واعلم أن أم
الولد اذا حرمت عليه بوطء أبيه أو ابنه أو بوطء أمها ونحوه لم يثبت نسب الولد الذى جاء بعد التحريم الا
بالدعوة لانقطاع الفراش زيلعى وفى الظهيرية أم الولد اذا نكحت نكاحا فاسدا ودخل بها الزوج وجاءت
بولد يثبت النسب من الزوج وان ادعاه المولى حموى

(باب الحضانة)

بالفتح والكسر مصباح لما ذكر ثبوت النسب عقب أحوال العدة ذكر من يكون عنده الولد حموى (قوله
وهى التربية) أى تربية الولد أى تكفل المرأة لتربيته ولعلها مأخوذة من حضن الطائر بيضه اذا جثم عليه
بحضنيه أى جنبيه حموى وفى الدر من حضن الطائر بيضه يحضنه اذا ضمه الى نفسه تحت جناحه
وكذلك المرأة اذا حضنت ولدها انتهى وحضن من باب نصر عزمى عن تاج الاسماء والحضن ما دون الابط
الى الكشح نهر والكشح بوزن الفلس ما بين الخاصرة الى الضلع الخلف والخصر وسط الانسان مختار
صحاح (قوله أحق الناس) أشار بتقدير المضاف اليه الى تصحيح كلام المصنف عربية وهى حق من ثبتت
له لا حق الولد على المفتى به وعليه فلا تجبر وعلى الثانى تجبر حموى ونقل عن المنصورية أن أم الصغيرة اذا
امتنعت عن امساكها ولا زوج للام تجبر عليه وعليه الفتوى ونقل عن الظهيرية ما يفيد أن الخلاف فى
انها تجبر أولا مقيد بما اذا كان للصغير ذات محرم اخرى فاذا لم تكن تجبر على الحضانة اتفاقا لئلا يضيع
الولد وليس المراد من قوله فاذا لم تكن الخ عدم وجود غيرها بل ما هو الاعم مما لو وجدت وامتنعت من
القبول نهر (قوله امه) ولو كتابية أو مجوسية نهر لما روى أن امرأة جاءت له عليه الصلاة والسلام فقالت
يارسول الله ان ابنى هذا كان بطنى له وعاء وحجرى له حواء وثديى له سقاء وزعم أبوه انه ينتزعه منى فقال

هذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من
وقت الاقرار واما اذا ولدت لستة اشهر
فصاعدا فلا يلزمه) ومن قال لغلام
هو ابنى ومات) القائل (فقالت امه
أنا امرأته وهو ابنه منى فهى امرأته وهو
ابنه يرثانه) هذا اذا كانت المرأة
معروفة بانها حرة وبانها ام الغلام (فان
جهلت حريتها فقال وارثه انت ام ولد
ابى) واست عند وجة أبى (فلا ميراث لها)
(باب الحضانة)
وهى التربية يقال حضنته حضانة
اذا رفعته وربيته (احق) الناس
بحضانة (الولد) الصغير (امه

عليه

عليه السلام أنت أحق به ما لم تنكحى زيلعى لكن لا يدفع اليها حتى تطلبه حموى عن المفتاح والحواء
بالكسر بيت من الشعر والجمع الاحوية (فرع) تستحق الام الاجرة على الحضانة حيث لم تكن
منكوحة ولا معتدة نهر عن السراج وفى البحر وتلك الاجرة غير اجرة ارضاعه وفيه ظاهر الولوالجية أن
اجرة الرضاع غير نفقة الولد للعطف وهو للمغايرة فعلى هذا يجب على الاب ثلاثة اجرة الرضاع واجرة الحضانة
ونفقة الولد شرنبلالى وحكى فى النهر اختلافا فى اجرة المسكن الذى يحضن فيه الصبى واختلف الترجيح
أيضا واعلم أن تقييدا استحقاق الام اجرة الحضانة بما اذا لم تكن منكوحة ولا معتدة انما هو بالنسبة لولده
منها أما ولده من غيرها فلها ذلك مطلقا سواء كان النكاح قائما أو لا صرح به الزيلعى بقوله ولو استأجر
منكوحته لترضع ولده من غيرها جاز فما فى الدرر من تقييده استحقاقها بقوله ولو طلبت بعد عدة
أو فيها الخ قال الشيخ شاهين وقع اتفاقا ثم اعلم ان المعتدة من طلاق رجعى ليس لها طلب الاجرة لارضاع
ولدها اتفاقا وفى المبتوتة روايتان درر والفتوى على ان لها ذلك شرنبلالية وفى النهر عن الفتح لو كان
الاب معسرا وأبت الام أن تربيه الا باجرة وقالت العمة أنا اربى بغير أجرة فالعمة أولى هو الصحيح وقيده فى
كشف القناع للشرنبلالى بما اذا كانت غير متزوجة بغير محرم للصغير لانها حينئذ لا حق لها فى أخذ
الولد وهل ترجع العمة المتبرعة بالحضانة على الاب اذا أيسر بالاجرة قيل نعم درر عن المجتبى وحاصل ما ذكره
فى كشف القناع أنه اذا قدر أن كل مستحقة للحضانة أو مستحق لها ولو محجوبا بالمرض بامساك الصغير
أو الصغيرة الا باجر أو بأزيد من أجر المثل فحينئذ اذا توفرت شروط القيام بالصغير فى المتبرعة تقدم فان
اختل حالها لا يدفع اليها الا ان الام اذا كانت فاجرة أو تخرج غالب الاوقات وتترك البنت ضائعة لا تستحق
حضانة فكيف اذا كانت المتبرعة بمثابتها وتقييدهم العمة باليسار والاب بالاعسار يستفاد منه أن
الاب اذا كان موسرا تكون الام أحق بامساك الولد بأجر المثل نظرا للصغيرة اذ لا ضرر فيه على الاب الموسر
فلا تقدم العمة المتبرعة وحيث علمت ما قدمناه فنقول يجب على الحاكم اذا ادعى الاب وجود متبرعة أن
يحتاط فلا يجيبه بمجرد ادعائه ولا بمجرد حصول امرأة تدعى التبرع لان الحق ثابت للام شرعا فلا يبطل
بمجرد قول غيرها ولا بحضور المدعية وطلبها أخذ الولد فانه قد يفعل تواطؤا وتحيلا لاسقاط ما قرر على
الاب فاذا مالت الام الى ترك الولد لعدم قدرتها على ترك الفرض مع امساك الولد لضرورة مؤنتها
واحتياجها يحتاط فى أمر الصغير وينظر فى أمر الاجنبية التى تزعم التبرع لدفع التواطئ مع الاب والتحيل
على الام لاضاعة التقرير وتحملها بالصغير هل للاجنبية لبن وهل معها رضيع يزاحم الذى تريد التبرع
بارضاعه وحضانته وهل لها زوج ويرضى بأخذ الولد ويرضى بمزاحمته لابنه فى الرضاع والسهر والقيام
وهل للمتبرعة قوة وقدرة على القيام واذا لم يصدق زوجها على ارادة التبرع منها فلا يقبل قول الوالد
ويبقى الولد على امه ويلزم الاب باجرة ارضاع والحضانة كذا ذكره الشرنبلالى فى كشف القناع وفيه نظر
من وجهين أما أولا فقوله وهل لها زوج ويرضى بأخذ الولد الخ صريح فى أن تزوجها غير مانع والظاهر
عدم تسليمه ألا ترى الى ما سبق من تقييد العمة المتبرعة بعدم تزوجها بأجنبى من الصغير فاذا كان هذا
شرطا فى العمة مع ان لها حقا فى الحضانة فى الجملة فكيف بمن لا حق لها اللهم الا أن يحمل زوجها على
ما اذا كان محرما للصغير وأما ثانيا فتقتصر بحثه هنا بأن الصغير يدفع للاجنبية عند توفر الشروط مخالف
لما ذكره فى حاشية الدرر حيث ذكر أن الاجنبية تؤمر بالارضاع عند الام ما لم تتزوج بخلاف من لها حق
فى الحضانة حيث لا تؤمر بالارضاع عند الام بل تؤمر الام بدفع الصغير اليها بالشرط المتقدم وهو عدم
كونها متزوجة بغير محرم الصغير وبهذا يحصل التوفيق فى كلام صاحب الدرر حيث ذكر أولا أن
الاب اذا وجد مرضعة بلا أجر ليس للام منعه ولكن ترضعه فى بيتها ما لم تتزوج الام ثم ذكر فى جانب العمة
أن الام تدفعه اليها فاذا حملنا ما ذكره أولا من المرضعة بلا اجر على الاجنبية انتفت المخالفة وهذا يصلح
جوابا لقوله فى البحر لم أر من صرح بأن الاجنبية كالعمة وأن الصغيرة تدفع اليها اذا كانت متبرعة والام

تريد الاجر على الحضانة ولا يقاس على العمة لانها حاضنته فى الجملة انتهى ولم أر ما المراد بيسار العمة فى كلام صاحب الدرر وغيره كفتح القدير والظاهر أن المراد به القدرة على الحضانة (قوله قبل الفرقة وبعدها) سواء كانت الفرقة بالطلاق أو بالموت حموى عن المفتاح (قوله الا ان تكون مرتدة) فانها تحبس وتضرب فلا تتفرغ للحضانة درر حتى اذا أسلمت عاد حقها فى الحضانة كما كانت عزمى عن الظهيرية (قوله أو فاجرة غير مأمونة) مقتضى التقييد أن مطلق الفجور لا يوجب سقوط حق الحضانة مالم يقترن بعدم الامن خلافا لظاهر الزيلعى والعينى والدرر ولهذا قال فى العزمية ولا ينبغى اهمال هذا القيد لان الكافرة أحق بولدها المسلم مالم يعقل الاديان فالفاجرة المأمونة أولى انتهى واعلم أن فى قصر الاستثناء على المرتدة والفاجرة قصورا اذ الامة وام الولد والمدبرة والمكاتبة لا حق لهن وكذا الفاسقة والتى تخرج كل وقت وتترك البنت ضائعة أو كانت سارقة أو مغنية أو نائحة والمكاتبة أحق بولدها المولود فى الكتابة لدخوله فيها بخلاف المولود قبلها واعلم ان ماسبق من انه لا حق للامة ونحوها مقيد بما اذا لم يكن الولد رقيقا فان كان كن احق به در عن المجتبى معللا بأنه للمولى وفيه عن مصنف التنوير ان الفاسقة بترك الصلاة لا حضانة لها خلافا لما ذكره فى البحر بحثا انتهى واقول تقدم ان مجرد الفجور لا يوجب سقوط حق الحضانة الا اذا كانت غير مأمونة وتقدم انه لا ينبغى اهمال هذا القيد وعليه فعدم السقوط بترك الصلاة يكون بالاولى حيث كانت مأمونة وحينئذ فبحث صاحب البحر قوى خلافا لما ذكره مصنف التنوير وان اقره فى الدر (قوله ثم ام الام) وان علت اذا لم يكن له ام بأن كانت ميتة اوليست اهلا للحضانة أولم تقبل الولد واسقطت حقها او تزوجت بأجنبى لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات فام ام الام اولى من ام الاب هو الصحيح وذكر الخصاف ان الخالة اولى من ام الام حموى عن البرجندى (قوله ثم ام الاب) وان علت لانها من الامهات ولهذا تحرز ميراث الامهات السدس ولانها اوفر شفقة درر واما ام ابى الام فتؤخر عن ام الاب بل عن الخالة ايضا در عن البحر (قوله وقال زفر الاخت لاب وام الخ) لانها تدلى اليه بقرابة الاب وهن يدلين بقرابة الام فكن احق لان الحضانة تستحق باعتبار قرابة الام ونحن نقول هذه ام لان لها قرابة الولاد وهى اشفق فكانت اولى كالتى من جهة الام ولهذا تحرز ميراث الام كما تحرز تلك زيلعى (قوله اولاب) كذا فى بعض النسخ وفيه نظر لانها ليست من قرابة الام (قوله ثم الاخت الخ) لان بنات الابوين اولى من بنات الاجداد درر كذا بناتهن و بنات الاخ فتقدم بنت الاخت الشقيقة ثم لام على الخالات والعمات وقال فى السراج ثم بعد بنات الاخت تكون لبنات الاخ شرنبلالية (قوله ثم الاخت لاب وام ثم لام) وجه تقديم الشقيقة على التى لام انها اشفق وقال زفر يشتركان لاستوائهما فى الادلاء بالام وهو المعتبر وجهة الاب لا مدخل لها فيه ونحن نقول انها تصلح للترجيح نهر (قوله ثم لاب) وفى بعض الروايات الاولى بعد الاخت لام هى بنت الاخت لاب وام ثم بنت الاخت لام ثم الخالة ثم بنات الخالة ثم الاخت لاب وفى مبسوط صدر الاسلام جعل الاخوات مطلقا اولى من الخالات لانهن من اصحاب الفروض والخالات من ذوى الارحام حموى عن البرجندى (قوله وفى رواية الخالة اولى) لانها تدلى بالام وتلك بالاب وهذه رواية كتاب الطلاق ووجه الاولى وهى رواية كتاب النكاح نهر قرب القرابة قال فى الفتح فعلى رواية كتاب النكاح تدفع بعد الاخت لاب الى بنت الاخت الشقيقة ثم الى بنت الاخت لام ثم الى بنت الاخت لاب ثم الى الخالة الشقيقة انتهى وفى غيره اولاد الاخوات لاب وام اولام احق من العمات والخالات باتفاق الروايات واما أولاد الاخوات لاب فالاصح ان الخالة منهن اولى انتهى (قوله ثم الخالات كذلك) لان قرابة الام ارجح فى الحضانة والخالة اولى من بنات الاخ لانها تدلى بالام وتلك بالاخ درر وهو مخالف لما فى الجوهرة والسراج ونصه بنات الاخ اولى من العمات والخالات شرنبلالية وقال فى العزمية قوله والخالة اولى من بنات الاخ الخ اقتفى فى ذكر هذه المسئلة هنا اثر الزيلعى والظاهر أن تكون مسئلة مبتدأة للسياق فان

درجها

قبل الفرقة وبعدها) الا ان تكون
مرتدة أو فاجرة غير مأمونة (ثم ام الام
ثم ام الاب) وقال زفر الاخت لاب وام
اولام أولاب والخالة احق من ام الاب
(ثم الاخت لاب وام ثم لام ثم لاب)
وفى رواية الخالة أولى من الاخت
لاب (ثم الخالات كذلك

درجها تحت قوله كذلك كما هو الظاهر لا نظهر له وجه صحة (قوله ثم العمات كذلك) وبعدهن خالة الام الشقيقة ثم لام ثم لاب ثم عماتها كذلك وخالة الام أولى من خالة الاب عندنا ثم خالات الاب وعماته على هذا الترتيب وأما بنات الاعمام والعمات والاخوال والخالات فلا حق لهن فى الحضانة لان قرابتهن لم تتأكد بالمحرمية نهر (قوله ومن نكحت غير محرمه الخ) لما روينا ولان زوج الام يعطيه نزرا وينظر اليه شزرا زيلعى وقوله نزرا أى قليلا وشزرا أى نظر المبغض عناية (قوله سقط حقها) فينتقل الحق الى غيرها كأمها مثلا وقيده فى القنية بان لا تمسك الصغير فى بيت الاجنبى الذى هو زوج ابنتها أى زوج أم الصغير فان فعلت كان للاب ان يأخذه منها ولو أمسكته الخالة فى بيت أجنبى عازبة استظهر فى البحر سقوط حضانتها قياسا على مامر وخالفه فى النهر للفرق البين بين زوج الام والاجنبى ولو كان رحما فقط كابن العم فهو كالاجنبى ولو ادعى زواجها وانكرت فالقول لها ولو أقرت به لكنها ادعت الطلاق فان لم تعين الزوج فالقول لها الا ان عينته وينبغى ان يكون مع اليمين فى الفصلين نهر (قوله ثم يعود بالفرقة) لزوال المانع كالناشزة تسقط نفقتها ثم اذا عادت الى منزل الزوج تجب وكذا الولاية تسقط بالجنون والارتداد ثم اذا زال ذلك عادت الولاية ثم اذا كان الطلاق رجعيا لا يعود حقها حتى تنقضى عدتها لقيام الزوجية زيلعى واعلم أن كلام الزيلعى يشير الى ما فى الشرنبلالية حيث ذكر أن هذا من قبيل زوال المانع لا عود الساقط وقولهم سقط حقها معناه منع منه مانع انتهى ولهذا قال فى النهر ان فى التعبير بالسقوط تجوزا (قوله ثم العصبات بترتيبهم) فيقدم الاب ثم الجد ثم الاخ الشقيق ثم لاب ثم بنوه كذلك ثم العم ثم بنوه واذا اجتمعوا فالاورع ثم الاسن در واما أولاد الاعمام وموالى العتاقة فانما يدفع اليهم الصغير دون الصغيرة قال فى البحر وينبغى ان يقيد بما اذا كانت تشتهى وكان غير مأمون عليها قال العلامة الحموى ما بحثه صاحب البحر ترجاه البرجندى حيث قال ولعل ذلك اذا بلغت حد الشهوة انتهى قلت هذا الذى بحثه فى البحر وغيره كالبرجندى يؤخذ من تعليل العينى المسئلة بالتحرز عن الفتنة ونص عبارته لا تدفع الى غير المحرم من الاقارب كابن العم ولا الى الام التى ليست بمأمونة ولا للعصبة الفاسق ولا الى مولى العتاقة تحرزا عن الفتنة بخلاف الغلام الخ وقالوا ان كان فى المحارم من لا يؤمن على الصبى والصبية فلا حق له فى الحضانة وفى تحفة الفقهاء ليس للجارية غير ابن العم فالاختيار أن القاضى ان رآه أصلح ضمها اليه والا وضعها عند أمينة نهر والحاصل ان العصبة الغير المحرم كابن العم لا حق له فى الحضانة مطلقا سواء وجد للصغيرة محرم وان لم يكن عصبة كالخال أولم يوجد اصلا خلافا لما يتوهم من عبارة الدرر حيث قال لا تدفع صبية الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم مع وجود محرم غير عصبة كالخال لان تقييده بوجود الخال يوهم ان لابن العم حق الحضانة عند عدمه وليس كذلك ولهذا تعقبه الشيخ شاهين بما سبق من انه اذا لم يوجد للجارية غير ابن العم فالاختيار أن القاضى ان رآه أصلح تضم اليه والا توضع على يد أمينة وسكت المصنف عن ذوى الارحام وقد قالوا اذا لم يكن له عصبة دفع اليهم فيدفع الى الاخ لام ثم الى العم لام ثم الى الخال لاب وأم ثم لاب ثم لام نهر (قوله واعلم ان كل هذا على سبيل البدلية) ان قلت انه مستفاد من العطف بثم قلت ربما يتوهم انها للترتيب فى الذكر شيخنا (قوله حتى يستغنى) لانه اذا استغنى يحتاج الى التأديب والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم والاب اقدر على ذلك درر (قوله قيل المراد بالاستنجاء الوضوء) من غير اعانة أحد (قوله وقدر بسبع) وعند مالك بان يحتلم وعنه بان يثغر عينى وقوله يثغر أى يبدل اسنان اللبن قال فى الصحاح الثغر ما تقدم من الاسنان قال فى الفتح ولو اختلفا فقال ابن سبع وقالت ابن ست لا يحلف القاضى أحدهما ولكن ينظر ان كان يأكل وحده ويلبس وحده دفع للاب والا فلا شرنبلالية (قوله وهو قول الخصاف) فى الظهيرية ان الخصاف قدره بسبع سنين او ثمان حموى عن البرجندى فالنقل عن الخصاف قد اختلف (قوله حتى تحيض) ولو زوجت قبل ان تبلغ لا تسقط حضانتها وقال فى القنية الصغيرة اذا لم تكن مشتهاة ولها زوج لا يسقط

ثم العمات كذلك ومن نكحت) من هذه
(غير محرمه) أى غير محرم الصغير
(سقط حقها) أى حق الحضانة وانما قيد
به لانها لو نكحت محرمه كالجدة اذا كان
زوجها جد الصغير أو الام اذا تزوجت
بعم الصغير لا يبطل حقها (ثم يعود)
حق الحضانة (بالفرقة ثم العصبات
بترتيبهم) واعلم أن كل هذا على سبيل
البدلية (والام والجدة أحق به) أى
بالغلام (حتى يستغنى) فيأكل
وحده ويشرب وحده ويلبس وحده
ويستنجى وحده قيل المراد بالاستنجاء
الوضوء وقيل نفس الاستنجاء (وقدر)
الاستغناء (بسبع سنين) وهو قول
الخصاف وعليه الفتوى (و) الام
والجدة أحق (بها) أى بالجارية (حتى
تحيض) وروى محمد انها

حق الام فى حضانتها مادامت لا تصلح للرجال الانثى رواية عن ابى يوسف اذا كانت تستأنس بها انتهى
وظاهره انها اذا صلحت للرجال قبل البلوغ و زوجها ابوها فانه لا حضانة لامها اتفاقا بحر ولو ادعى الاب
حيضتها وانكرت قال فى البحر ينبغى ان يكون القول قولها وقال فى النهر ينبغى ان ينظر الى سنها فاذا بلغت
سنا تحيض فيه الانثى غالبا فالقول له والا لها (قوله اذا بلغت حد الشهوة تدفع الى الاب) قال صدر
الشريعة وهو المعتبر لفساد الزمان وعزاه الخصاف الى الثانى قال الزيلعى و به يفتى وفى الخلاصة وعليه
الاعتماد وعلى هذا فقد مشى المصنف على خلاف المفتى به حموى و بنت احدى عشر تشتهى فى قولهم وقال
ابو الليث بنت تسع سنين وعليه الفتوى عزمى زاده (قوله ولا حق للامة) ولو مدبرة او مكاتبة جاءت
بالولد قبل كتابتها بخلاف المولود فى كتابتها فانها احق به نهر يعنى اذا زوج المولى امته أو أم ولده ثم ولدتا لاحق
لهما لعجزهما عن الحضانة مع خدمة المولى حموى عن شرح ابن الحلبى ولان فى الحضانة نوع ولاية ولا ولاية
لهما على انفسهما فعلى غيرهما أولى نهر (قوله ومولاهما اولى بالولد الخ) ان كان الصغير فى الرق ولا
يفرق بينه وبين امه ان كانا فى ملكه وان كان حرا فالحضانة لاقربائه الاحرار واذا عتقا كان لهما حق
الحضانة فى اولادهما الانهما وأولادهما احرار أوان ثبوت الحق زيلعى (قوله مالم يعقل دينا) قال فى النهر
ولم أر من قدر لذلك مدة و ينبغى ان يقدر بسبع سنين ففى فتاوى قارى الهداية المراد بقولهم و يصح اسلام
الصبى العاقل من بلغ سبعا فما فوقها لانه روى انه عليه السلام عرض الاسلام على على بن أبى طالب
رضى الله عنه وهو ابن سبع سنين فاجابه لذلك قال السيد الحموى واقول هذا انما يتم اذا كان المحضون
انثى اما اذا كان ذكرا فلا لانه بعد سبع سنين تتم مدة الحضانة على ان عبارة قارى الهداية لا تدل على
ما ادعاه انتهى (قوله أو خيف الخ) فان خيف نزع منها وان لم يعقل دينا (قوله وقال الشافعى اذا
صار مميزا خير بين الابوين) لما روى أبو هريرة ان امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت
ان زوجى يريد ان يذهب بابنه وقد سقانى من بئر ابى عنبة وقد نفعنى فقال زوجها اتحاقنى فى ولدى فقال
عليه السلام هذا ابوك وهذه امك فخذ بيد أيهما شئت فاخذ بيد امه فانطلقت به ولنا انه صغير غير رشيد
ولا عارف بمصلحته فلا يعتمد اختياره ولانه لقصور عقله يختار من عنده الراحة والتخلية فلا يتحقق النظر
ولا حجة له فى الحديث لانه لم يذكر فيه الفراق فالظاهر انها كانت فى صحبته لقولها ان زوجى و يحتمل انه كان
بالغا بل هو الظاهر لان الذى يسقى من البئر هو البالغ وليس فيه دليل على انه يخير فى السبع لانه ليس
فى الحديث ذكر عمره ولانه وفق ببركة دعائه عليه السلام لاختيار الانظر فلا يقاس عليه غيره زيلعى
وقوله اتحاقنى بتشديد القاف أى تنازعنى فى ولدى شيخنا عن فتح باب العناية ونقل شيخنا أيضا عن
المختار ان التحاق التخاصم والاحتقاق الاختصام والخلاف بيننا و بين الشافعى مقيد بما قبل البلوغ
اما بعده فيخير وان أراد الانفراد فله ذلك در عن مؤيد زاده وفى الفتح والمعتوه لا يخير و يكون عند الام
وظاهر ان هذا مفرع على القول بالتخيير كما هو مذهب الشافعى واذا عرف هذا فى المعتوه فالمجنون أولى
نهر لكن فى دعواه ان هذا مفرع على مذهب الشافعى نظر حموى (تتمة) بلغت الجارية مبلغ
النساء ان بكرا ضمها الاب الى نفسه الا اذا دخلت فى السن واجتمع لها رأى فلها ان تسكن حيث أحبت حيث
لا خوف عليها وان ثيبا لا يضمها الا اذا لم تكن مأمونة على نفسها فللاب والجد ولاية الضم لا لغيرهما بحر
عن الظهيرية والغلام اذا عقل واستغنى برأيه ليس للاب ضمه الى نفسه الا اذا لم يكن مأمونا على نفسه فله
ضمه لدفع فتنة او عار او تأديبه اذا وقع منه شئ ولا نفقة عليه الا ان يتبرع بحر والجد بمنزلة الاب وان لم يكن
لها أب ولا جد ولها أخ أو عم له ضمها ان لم يكن مفسدا وكذا الحكم فى كل عصبة ذى رحم محرم منها فان لم
يكن لها أحد من العصبات أو كان وهو مفسد فالنظر فيها الى الحاكم فان كانت مأمونة خلاها تنفرد بالسكنى
والا وضعها عند أمينة قادرة على الحفظ بكرا كانت أو ثيبا لانه جعل ناظرا للمسلمين عينى واذا بلغ الذكور
حد الكسب يدفعهم الاب الى عمل ليكتسبوا او يؤجرهم و ينفق عليهم من اجرتهم بخلاف الاناث

(وغيرهما احق بها حتى تشتهى) بان تبلغ مبلغا يجامع مثلها فانه يختلف باختلاف الاحوال من السمن والهزال والقوة والضعف والقبح والجمال وفى الجامع الصغير حتى تستغنى (ولا حق للامة وأم الولد مالم تعتقا) ومولاهما أولى بالولد من الاب حال قيام النكاح وبعده (والذمية أحق بولدها المسلم مالم يعقل دينا) بان كان زوجها مسلما (أو خيف ان يألف الكفر) فان عقل الاديان أو خيف فانه ينزع منها (ولا خيار للولد) مطلقا سواء كان غلاما او جارية (وقال الشافعى اذا صار مميزا خير بين الابوين فيكون عند من يختار منهما) اذا بلغت حد الشهوة تدفع الى الاب

ولو

ولو الاب مبذرا يدفع كسب الابن الى أمين تنوير وشرحه (قوله ولا تسافر مطلقة الخ) فى التعبير
بالمطلقة ايماء الى أن المنكوحة لا تسافر به بالاولى ومنه المطلقة رجعيا وأما المعتدة عن بائن فقدم انها
لا تخرج وان لم يكن معها ولد نهر (تتمة) طلب انتقالها من مصرها الى مصر آخر فظاهر الرواية كما فى
الخانية والولوالجية ليس لها الامتناع وليس فى ظاهر الرواية تفصيل بين ان يكون مؤمونا او لا اذا اوفاها
المعجل بحر وما فى فصول الاستروشنى معزيا الى ظهير الدين المرغينانى من ان الاخذ بقول الله تعالى أولى
مردود لان النص معلول بعدم الاضرار وفى اخراجها الى غير بلدها اضرار بها فلا يجوز انتهى (قوله
بولدها) قيد بالولد المضاف اليها اشارة الى ان الجدة ليس لها ذلك وكذلك أم الولد اذا أعتقت لانه لا عقد
بينهما (قوله بحيث لو خرج الزوج لمطالعة الولد الخ) يؤخذ منه ما أفتى به شيخنا من ان الام الحاضنة
لا تجبر على بعث بنتها الى ابيها وانما تجبر على تمكين الاب من النظر اليها (قوله والقرية مثل المصر) أى
القرية التى وقع النكاح فيها مثل المصر شيخنا (قوله الا الى وطنها) ولو قرية فى الاصح در قيد بالوطن لانه
لو وقع العقد فى غير وطنها ليس لها ان تنقل ولدها بدون الاذن وهذه رواية الاصل وفى الجامع الصغير
ومختصر الطحاوى لها ذلك وفى الظهيرية ليس لها ان تخرج الولد الى دار الحرب وان كان أصل النكاح فيها
وقوله ولا تسافر يوهم انه يجوز لها ان تنقل ولدها الى ما دون السفر أى موضع كان وليس لها ذلك على
اطلاقه بل لها ان تنقله الى موضع لو خرج الاب صباحا لامكنه أن يعود اليه مساء سواء اذن الاب أو لا كذا
فى مبسوط صدر الاسلام وفى الظهيرية عن البقالى لها ان تنقله الى بعض نواحى المصر وان كان بحيث لا يمكن
الاب الرجوع فى يومه الى وطنه قبل الليل حموى عن البرجندى ومنه يعلم أن فى التعبير بالسفر مسامحة
اذ لا يصح ان يراد به السفر الشرعى لانه لا يشترط للمنع ولا ان يراد به اللغوى لانها لا تمنع اذا تقارب ما بين
المكانين وكذا التعبير بمطلق الخروج لا يصح فالمراد به الخروج من بلدة الى أخرى اذا كان بينهما
تفاوت الا اذا انتقلت به من القرية الى المصر بحر وفى الدر عن الشمنى اذا لم يكن بينهما تفاوت بحيث يمكنه
أن يبصر ولده ثم يرجع فى نهاره لم تمنع مطلقا لانه كالانتقال من محلة الى أخرى انتهى وقوله مطلقا أى
سواء كان المكان الذى تريد الانتقال اليه وطنها وقد نكحها فيه ام لا وسواء اذن لها الاب او لا واستثنى فى
الدر من عدم جواز الانتقال بالولد الى دار الحرب يعنى وان كان أصل النكاح فيها كما سبق عن البرجندى
ما اذا كانا مستأمنين انتهى وكذا لا يخرج الاب به من محل اقامته قبل استغنائه وان لم يكن لها حق فى
الحضانة لاحتمال عوده بزوال المانع شرنبلالية عن البرهان وفيها عن السراجية لمطلق السفر بولده لزواجها
الا ان يعود حقها انتهى قال وفى الحاوى القدسى محل المنع اذا لم يمكنها ان تبصر ولدها كل يوم انتهى
(قوله وقد نكحها ثمة) لانه التزم المقام فيه شرعا وعرفا قال عليه السلام من تأهل ببلدة فهو منهم ولهذا
تصير الحربية به ذمية والمسافر مقيما على ما ذكره خواهر زاده وذكر فى القنية انه لا يكون مقيما زيلعى
و روى ابن أبى شيبة وابو يعلى الموصلى فى مسنده ان عثمان صلى بمنى أربعا ثم قال قال صلى الله عليه وسلم
من تأهل فى بلدة فهو من أهلها يصلى صلاة مقيم وانى تأهلت منذ قدمت مكة فتح باب العناية ولو أرادت
الخروج به الى ما نكحها فيه لكنه غير وطنها لم تمكن من ذلك فى الاصح نهر (قوله لانه اذا لم ينكحها ثمة الخ)
فيه قصور حيث اقتصر على ذكر محترز احد القيدين وأهمل الكلام على محترز القيد الاخر والحاصل
أن المصنف شرط لجواز النقل شرطين أحدهما أن يكون وطنها الثانى أن يكون التزوج واقعا فيه
حتى لو وقع التزوج فى بلد وليس بوطن لها ليس لها أن تنقله اليه ولا الى وطنها لعدم الامرين فى كل واحد
منهما وهو رواية كتاب الطلاق من الاصل وفى الجامع الصغير لها النقل الى مكان العقد قال الزيلعى
والاول هو الاصح (فروع) فى الحاوى له اخراجه الى مكان يمكنها ان تبصر ولدها كل يوم كما فى جانبها
وفى السراجية اذا سقطت حضانة الام واخذه الاب لا يجبر على أن يرسله لها بل هى اذا ارادت أن تراه
لا تمنع من ذلك وأفتى شيخنا الرملى بان غير الاب من العصبات كالاب در وفيه عن البحر نخرج بالولد ثم طلقها

(ولا تسافر مطلقة بولدها) بعد انقضاء العدة ان كان أصل النكاح فى مصر هى فيه الا أن يكون بين المصرين قرب بحيث لو خرج الزوج لمطالعة الولد امكنه أن يبيت فى اهله فحينئذ يكون هذا كالمحال المختلفة ولها أن تحول من محلة الى محلة أخرى والقرية مثل المصر (الا) أى لا تسافر به الا (الى وطنها و) الحال انه (قد نكحها ثمة) قيد به لانه اذا لم ينكحها ثمة ليس لها أن تنقل الولد

فطالبته برده ان أخرجه باذنها لايلزمه رده وان بغير اذنها لزمه كما لو خرج به مع امه ثم ردها ثم طلقها فعليه رده انتهى

(باب النفقة)

أورد مباحث النفقة فى ذيل كتاب الطلاق تبعا للهداية فان من جملتها نفقة المطلقة وبعضهم أوردها فى ذيل كتاب النكاح لترتب نفقة المنكوحة وبعضهم فى كتاب على حدة لما فيها من مباحث نفقة ذوى الارحام والمماليك وهى لاتتعلق بالنكاح ولا بالطلاق حموى وهى فى اللغة ماينفقه الانسان على عياله كذا فى ضياء الحلوم وبه علم أن النفقة المرادة هنا ليست مشتقة من النفوق بمعنى الهلاك ولا من النفاق بل هى اسم للشئ الذى ينفقه على عياله وفى الشرع كما قال هشام سألت محمدا عنها فقال هى الطعام والكسوة والسكنى بحر قال فى النهر وكونها عبارة عما ذكر لايمنع الاشتقاق المذكور وأقول فى جواز اشتقاق اسماء الاعيان من المصادر قولان أشهرهما أنه لايجوز وحينئذ فلا وجه لقول صاحب النهر وكونها عبارة عما ذكر لايمنع الاشتقاق المذكور بل يمنع على المشهور حموى (قوله وهى مشتقة من النفوق الخ) مبنى على القول بجواز اشتقاق أسماء الاعيان وقد علم مافيه (قوله ونفقة الغير على الغير تجب بثلاثة أشياء الخ) وكذا تجب بسبب حبس النفس لمصالح الغير كالمضارب اذا سافر بمال المضاربة والوصى أولمصالح العامة كالمفتى والقاضى والوالى والعامل فى الصدقات والمقاتلة زيلعى (قوله لانها تناسب ماتقدم) يعنى من الطلاق والنكاح حموى ولايخالفه مافى النهر حيث ذكر العدة بدل الطلاق لانها تترتب عليه (قوله تجب النفقة للزوجة) بالكتاب والسنة والاجماع وضرب من المعقول أما الكتاب فقوله تعالى لينفق ذوسعة من سعته وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وأما السنة فما روى عن جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر فى خطبة الوداع فقال اتقوا الله فى النساء فانهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن أن لايوطئن فراشكم أحدا تكرهونه فان فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف وأما الاجماع فان الامة اجتمعت على أن النفقة والسكنى واجبتان للزوجة على زوجها وأما المعقول فلان النفقة تجب جزاء الاحتباس زيلعى ونبه بوجوبها على أن لها أن تأكل من طعامه وتلبس من كرباسه بغير اذنه نهر عن الذخيرة ويؤيد ذلك ماورد من قوله عليه السلام خذى من مال أبى سفيان مايكفيك وولدك بالمعروف وهذا اذا كان النكاح صحيحا كما سيأتى فى الشارح معزيا للمبسوط فلو بان فساده أو بطلانه رجع بما أخذته من النفقة در عن البحر ومافى البزازية من لزوم النفقة فى النكاح بلا شهود فيه نظر نهر اذ هو من أفراد الفاسد (قوله مسلمة أوكافرة) لان ماسبق فى الدلائل لافصل فيها هداية (قوله موطوءة أوغير موطوءة) يعنى مدخولا بها أولا وليس المراد بغير الموطوءة من لاتصلح للوطء لما سيأتى من قوله ولاصغيرة لاتوطأ (قوله منتقلة الى بيت الزوج أوغير منتقلة) أى ولم يطلب الزوج النقلة كما سيأتى قريبا وينبغى أن يتأمل فى الفرق بين قوله غير منتقلة الخ وبين قوله لم تزف حموى وأجاب شيخنا بأن النفقة انما وجبت لغير المنتقلة لانه لم يقم بها مانع من الاستمتاع بها قبل التسليم وفى المريضة قبل زفافها قام المانع على أن المفتى به وجوب النفقة للمريضة قبل الزفاف وعليه فلافرق بينهما انتهى (قوله على زوجها) ولو صغيرا جدا فى ماله لاعلى أبيه الا اذا ضمنها در وقال قاضيخان وان كانت كبيرة وليس للصغير مال لاتجب على الاب نفقتها ويستدين الاب عليه ثم يرجع على الابن اذا أيسر وقيده فى الشرنبلالية بما اذا كان فى تزويج الصغير مصلحة ولامصلحة فى تزويج قاصر ومرضع بالغة حد الشهوة وطاقة الوطء بمهر كثير ولزوم نفقة يقررها القاضى

(باب النفقة) وهى مشتقة من النفوق الهلاك أو النفاق الرواج لان بها هلاك المال أولانها تروج فى مصالح العيال ونفقة الغير على الغير تجب بثلاثة أشياء بالزوجية والقرابة والملك فبدأ بنفقة الزوجات لانها تناسب ماتقدم وغيرها واقع استطرادا حيث قال (تجب النفقة للزوجة) مطلقا سواء كانت تزف الى بيت زوجها أولم تزف وسواء كانت مسلمة اوكافرة غنية اوفقيرة موطوءة اوغير موطوءة منتقلة الى بيت زوج أوغير منتقلة (على زوجها) مطلقا سواء كان غنيا اوفقيرا حاضرا اوغائبا

تستغرق ماله ان كان أو يصير ذادين كثير ونص المذهب أنه اذا عرف الاب بسوء الاختيار مجانة اوفسقا فالعقد باطل اتفاقا الخ (قوله والكسوة) فى الظهيرية النفقة الواجبة هى المأكول والملبوس والسكنى فعلى هذا يكون ذكر الكسوة فى كلام المصنف تخصيصا بعد تعميم حموى (قوله ولو كانت مانعة نفسها للمهر) أى لاجل قبض المهر المقدم وهو الذى تعورف تقديمه فى بلاد وزمان لانه منع بحق فالتقصير من جهته فلا تسقط النفقة به وان كان بعد الدخول عند أبى حنيفة وعندهما تسقط الا اذا كانت دون البلوغ لعدم صحة تسليم الاب عينى وكذا لاتسقط نفقتها بمنعها نفسها للمهر اذا كان كله مؤجلا عند الثانى وعليه الفتوى بحر ونهر وارتضاه محشى الاشباه در (قوله لها عليه فوق مايفرض) لها لو كانت معسرة فيخاطب بقدر وسعه والباقى دين عليه اذا أيسر نهر (قوله وباجة) الباجات الوان الاطعمة يهمز ولايهمز وهو معرب وأصله بالفارسية باها صحاح فى باج (قوله لايجب عليه أن يطعمها مايأكل بنفسه) بل يندب در (قوله ولاماكانت تأكل فى بيتها) أى ولايجوزله أن يطعمها ماكانت تأكل الخ ولايصح ان يكون تقدير كلامه ولايلزمه أن يطعمها ماكانت تأكل الخ كما هو ظاهر (قوله وقال الكرخى الخ) لقوله تعالى لينفق ذوسعة من سعته وجه الاول قوله عليه السلام لهند امرأة أبى سفيان خذى من مال زوجك مايكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها والفقيرة لاتفتقر الى كفاية الموسرات فلامعنى للزيادة وأما النص فنحن نقول بموجبه أنه يخاطب بقدر وسعه والباقى دين فى ذمته ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه يتبين أنه لامعنى للتقدير كما ذهب اليه الامام الشافعى على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف مد لان ماوجب كفاية لايتقدر شرعا هداية والحاصل أن كلام الهداية يشير الى أنه انما اعتبر حالهما معا جمعا بين الآية والحديث لان الآية تقتضى اعتبار حاله والحديث يقتضى اعتبار حالها فاعتبرنا حالهما عملا بهما وبه صرح الزيلعى (قوله أى لايجبان لو كانت ناشزة) أشار بهذا التقدير الى ان قوله لاناشزة معطوف على قوله مانعة ولم يجعله معطوفا على قوله للزوجة لفقد شرط العطف بلا لو كان معطوفا عليه حموى وذلك الشرط أن لايصدق أحد متعاطفيها على الآخر لاتقول جاءنى رجل لازيد ويصح لاامرأة شيخنا وأما ماقيل من ان الاولى ان تكون لا اسما بمعنى غير صفة لزوجة ظهر اعرابها على مابعدها لكونها على صورة الحرف فتعقب بأن مجىء لا اسما لايقول به بصرى وعلى كونها اسما فهى نكرة فلا يصح جعلها صفة للزوجة وأيضا كونها على صورة الحرف لايقتضى نقل اعرابها لما بعدها بل كونها فى محل كذا فالحق على قول الكوفيين انها هنا صفة فى محل جر ومابعدها مجرور باضافتها اليه ويعتذر عن وصف المعرفة بالنكرة بان المعرف بأل الجنسية نكرة معنى (قوله حتى تعود الى منزلها) ولو بعد سفره خلافا للشافعى والقول لها بيمينها فى عدم النشوز وتسقط به المفروضة لا المستدانة فى الاصح كالموت در (قوله خروج المرأة من منزل الزوج) خرج به مالو منعته من الوطء فانها لاتكون ناشزة وهذا اى نشوزها بالخروج من منزله ولو حكما بان منعته من الدخول عليها اذا سكن بها فى منزلها على ماسيأتى مقيد بما اذا كان بغير عذر شرعى فلو ابت السكنى فى مكانه المغصوب او بعث اجنبيا يحملها اليه فأبت ان تذهب معه لم تكن ناشزة وكذا لو سكن بها فى منزلها المملوك لها فمنعته من الدخول عليها قبل ان تسأله ان يحولها الى منزله او يكترى لها منزلا آخر لانها كالخارجة الى موضع آخر نهر وفيه لو سلمت نفسها بالليل دون النهار او عكست كانت ناشزة قال فى المجتبى وبه عرف جواب مسئلة هى مالو تزوج من المحترفات التى تكون فى النهار فى مصالحها وبالليل عنده فانه لانفقة لها وفيه نظر سيأتى ايضاحه انتهى وظاهر ان المراد بمنزلها المملوك ماهو الاعم مما لوملكت عينه اومنفعته وقوله ولو ادعى عليها نكاحا فجحدت ثم أقام البينة فلانفقة لها وكذا لو كان الانكار منه كما فى الفتح انتهى يعنى لايلزمه النفقة لها لما بعد الجحود قبل اقامة البينة (قوله بغير حق) شامل لما لو كان خروجها منه لعذر كونه مغصوبا لكن كان الاولى ابدال الباء من قوله بأن اوفى مهرها الخ بالكاف

والكسوة بقدر حالهما (ولو) كانت (مانعة نفسها للمهر) المعجل وقال بعض المتأخرين اذا لم تزف الى بيت زوجها لاتستحق النفقة وهو رواية عن أبى يوسف وذكر فى المبسوط وفى ظاهر الرواية بعد صحة العقد تجب لها النفقة وان لم تنتقل الى بيت زوجها وعليه الفتوى وذكر فى المحيط والايضاح واذا تزوج امرأة فطلبت النفقة قبل أن يحولها الى بيته فلها النفقة اذا لم يطالبها الزوج بالانتقال قوله بقدر حالهما أى تجب النفقة والكسوة لها عليه بقدر حالهما فى اليسار والاعسار وعليه الفتوى حتى كان لها نفقة اليساران كانا موسرين ونفقة الاعساران كانا معسرين وان كانت هى موسرة وهو معسر لها عليه فوق مايفرض لو كانت معسرة فيقال له أطعمها خبز البر وباجة أو باجتين وان كان الزوج موسرا مفرط اليسار نحو أن يأكل الحلواء واللحم المشوى والباجات وهى فقيرة كانت تأكل فى بيتها خبز الشعير لايجب عليه أن يطعمها مايأكل بنفسه ولاماكانت تأكل فى بيتها ولكن يطعمها خبز البر وباجة أو باجتين وقال الكرخى يعتبر حال الزوج وهو ظاهر الرواية وبه قال الشافعى (لا) أى لايجبان لو كانت (ناشزة) حتى تعود الى منزلها النشوز فى اصطلاح الفقهاء خروج المرأة من منزل الزوج ومنعها نفسها منه بغير حق بان أوفى مهرها

والتقييد بقوله بغير حق يخرج مالو كان فيه شبهة كبيت السلطان لعدم اعتبار الشبهة فى زماننا وكذا لو أجرت نفسها لارضاع صبى وزوجها شريف ولم تخرج وقيل تكون ناشزة در (قوله او كان كله مؤجلا) تقدم أن الفتوى على قول الثانى لا تسقط نفقتها بمنعها نفسها للمهر وان كان كله مؤجلا (قوله وصغيرة لا توطأ) لان امتناع الاستمتاع لمعنى فيها والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد هداية وأورد أن هذا المعنى موجود فى الرتقاء والقرناء ومن بها مرض يمنع الجماع مع أن النفقة واجبة لهن واجيب بأن المعتبر فى ايجاب النفقة احتباس ينتفع به الزوج بالوطء أو الدواعى والثانى موجود هنا نهر وكذا لا نفقة لها لو كانا صغيرين لا يقدران على الجماع لان المنع بمعنى من جهتها واكثر ما فى الباب ان يجعل المنع من قبله كالمعدوم والمنع من قبلها قائم ومع قيام المنع من قبلها لا تستحق النفقة نهاية وفيه نظر لان ما ذكره من الدليل قابل للقلب عناية وعبارة الزيلعى وان كانا صغيرين لا يقدران على الجماع فلا نفقة لها لان العجز من قبلها فصار كالمجبوب والعنين اذا كان تحته صغيرة انتهى قيد بالصغيرة لان الكبيرة تجب نفقتها وان كان زوجها صغيرا جدا فى ماله فان لم يكن له مال لا تجب على أبيه الا اذا ضمنها حموى عن الخلاصة لكن نقل شيخنا عن الملتقى ما يخالفه ونصه ونفقة زوجة الابن على أبيه ان كان صغيرا أو زمنا انتهى والولد اذا كان طالب علم فهو بمنزلة الزمن والانثى فنفقته على أبيه والموسر فى هذا الباب من يملك مالا فاضلا عن نفقة عياله ويبلغ الفاضل مقدار ما تجب فيه الزكاة ولا تجب نفقة مع الفقر الا لاربعة للولد الصغير والبنت البالغة بكرا كانت أو ثيبا والزوجة والمملوك والجد الصحيح بمنزلة الاب والجد الفاسد بمنزلة الاخ شيخ شاهين (قوله وعند الشافعى لها النفقة) لانها عوض عن الملك كما فى المملوكة بملك اليمين ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة هداية (قوله مثلها يوطأ) أو يشتهى للوطء فيما دون الفرج او تصلح للخدمة او للاستئناس ان امسكها فى بيته عند الثانى واختاره فى التحفة در فما فى النهر والزيلعى الاصح ان الاطاقة ليس لها حد مقدر بالسن وان السمينة تطيقه ولو صغيرة وقيل بنت تسع انتهى مفرع على انه يشترط لوجوب النفقة صلاحيتها للوطء وهو خلاف ما جزم به فى الدر تبعا لاختيار صاحب التحفة (قوله ومحبوسة) ولو ظلما الا اذا حبسها هو بدين فلها النفقة فى الاصح جوهرة وكذا لو قدر على الوصول اليها فى الحبس صيرفية لحبسه مطلقا لكن فى تصحيح القدورى لو حبس فى سجن السلطان فالصحيح سقوطها وفى البحر لو خيف عليها الفساد تحبس معه عند المتأخرين در وقوله لحبسه مطلقا أى سواء كان بحق او ظلما بدليل قوله لكن فى تصحيح القدورى الخ قال الاتقانى وفرض محمد المسئلة فى المفروضة لان فى غيرها لا تتصور المسئلة لسقوطها وفيه نظر لان عدم الوجود لشئ لا يستلزم ثبوته اولا نهر (تنبيه) احتياط اصحابنا فى امر الفروج الا فى مسئلة لو كانت جارية بين شريكين ادعى كل منهما انه يخاف عليها من شريكه وطلب ان توضع على يد عدل لا يجاب الى ذلك وانما تكون عند كل واحد يوما حشمة للملك اشباه عن معراج الدراية واعلم انه يتعين ان يكون المراد من قوله وطلب ان توضع الخ اى طلب احدهما ذلك وامتنع الآخر وان كان سوق الكلام يقتضى وجود الطلب من كل منهما وليس كذلك لانه لا مانع من وضعها على يد عدل مع اتفاقهما عليه (قوله بدين) قادرة على ايفائه اولا لفوات الاحتباس وفى الفتح وعليه الفتوى نهر فما فى الدرر من تعليله المسئلة بقوله لان الامتناع جاء من قبلها بالمماطلة وان لم يكن منها بان كانت عاجزة فليس منه انتهى اى فليس من الامتناع الذى من قبلها خلاف ما عليه الفتوى ثم رأيت فى غاية البيان ان المراد من قول الهداية وان لم يكن منها اى فوات الاحتباس بان كانت عاجزة فليس منه اى فليس الفوت من جهة الزوج فلا يطالب بالنفقة ايضا وحينئذ فلا يكون ما فى الدرر جاريا على خلاف ما عليه الفتوى (قوله غصبها رجل كرها) تبع فى ذلك صاحب النقاية وليس الاكراه بقيد احترازى بل هو اتفاقى والحكم بسقوط النفقة بالغصب لا فرق فيه بين ان تكون راضية

أو كان كله مؤجلا أو وهبت منه (و) لا
لو كانت (صغيرة لا توطأ) أى لا تصلح
للجماع مطلقا سواء كانت فى بيت الزوج
أو الأب عندنا وعند الشافعى لها النفقة
وان كانت صغيرة مثلها يوطأ فلها
النفقة (و) لا لو كانت (محبوسة بدين
ومغصوبة) غصبها رجل كرها
وذهب بها (و) لا لو كانت

بالغصب

بالغصب أولا حموى فان قلت كيف يتحقق الغصب مع كونها راضية قلت يتحقق باعتبار فقد الرضا من الزوج وان كانت هى راضية (قوله وحاجة) أطلقه فعم مالو كان معها محرم أو كان الحج نفلا در لكن لا يخفى ان الاولى ابدال نفلا بفرضا لانه اذا سقطت نفقتها فى الفرض ففى النفل بالاولى (قوله لانه ان كان معها الزوج تجب بالاتفاق) يعنى نفقة الحضر خاصة لا نفقة السفر ولا الكراء تنوير وشرحه على معنى انه ينظر الى قيمة الطعام فيدفع لها نهر (قوله ومريضة لم تزف الى بيت زوجها مطلقا) أى سواء كان مرضا تطيق معه الجماع أولا (قوله وان زفت فرضت بعده فلها النفقة) والقياس عدمها ان كان مرضا يمنع الجماع لفوات الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان ان الاحتباس قائم فانه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت والمانع لعارض فاشبه الحيض در والحاصل انه اذا لم يمكن الانتفاع بها بوجه من الوجوه تسقط نفقتها وان كان مرضا يمكن الانتفاع بها بنوع انتفاع لا تسقط شرنبلالية عن الفتح واعلم ان ما مشى عليه المصنف من انها اذا مرضت قبل الزفاف فلا نفقة لها مبنى على اشتراط التسليم لوجوبها وهو رواية عن ابى يوسف والفتوى على ظاهر الرواية وهو ان النفقة تجب بمجرد العقد الصحيح كما فى النهر سواء كان بعد ما بنى بها أو قبله وما فصله قاضيخان رده فى البحر لكن عزا فى الدرر لصاحب الهداية انه استحسن عدم وجوب النفقة لها اذا مرضت ثم سلمت معللا بان التسليم لا يصح انتهى وهذا فى الحقيقة تأييد لتفصيل قاضيخان (قوله وعن أبى يوسف انه لا نفقة لها ان كانت مريضة الخ) هذا على احدى الروايتين عن أبى يوسف فعلى هذه الرواية يشترط لوجوب نفقتها شرطان كون المرض بعد الزفاف وكونها تطيق الجماع مع المرض أما على الرواية الاخرى عنه فالشرط كون المرض بعد الزفاف مطلقا سواء كانت تطيق معه الجماع أولا وعلى هذه الرواية اقتصر فى الدرر (قوله وتجب النفقة لخادمها) لان كفايتها واجبة عليه وهذا من تمامها درر لكن انما تجب نفقة الخادم بأداء الخدمة فاذا امتنع من الطبخ والخبز وأعمال البيت لم يستحقها بخلاف نفقة الزوجة فانها فى مقابلة الاحتباس شرنبلالية عن البحر (قوله سواء كان حرا أو مملوكا) هذا خلاف ظاهر الرواية عن اصحابنا الثلاثة ولهذا قيده فى النهر بالمملوك لها الذى لا شغل له غير خدمتها بالفعل فلو لم يكن فى ملكها أو كان له شغل غير خدمتها أو لم يكن لكنه لم يخدمها فلا نفقة له انتهى (قوله لو موسرا) اليسار مقدر بنصاب حرمان الصدقة لا نصاب وجوب الزكاة شرنبلالية عن البحر ولو اختلفا فى اليسار والاعسار فالقول قوله الا ان تقيم المرأة البينة لانه متمسك بالاصل زيلعى ولو طلبت من القاضى السؤال عن حاله من جيرانه لا يجب عليه ذلك ولو سأل فاخبره عدلان بيساره ثبت يساره بخلاف سائر الديون نهر عن البزازية ولو جاءها بخادم لم يقبل منه الا برضاها كذا قالوا وقيده فى النهر تفقها بما اذا لم يتضرر من خادمها أما اذا تضرر منه وجاءها بخادم أمين فانه لا يتوقف على رضاها (قوله وقيل ان كان مملوكا لها الخ) حكايته بقيل تقتضى ضعفه وليس كذلك لانه كما سبق ظاهر الرواية (قوله وفى فتاوى سمرقند اذا كانت المرأة من بنات الاشراف الخ) قيده فى النهر بما اذا كان بها علة أو كانت ممن لا تباشر العمل بنفسها فان كانت ممن تخدم بنفسها ولها قدرة أجبرت (قوله وقال الشافعى اذا كان حاضرا وطلبت يفرق) لما روى ابو هريرة من قوله عليه السلام ابدأ بمن تعول فقيل من أعول يارسول الله قال امرأتك ممن تعول تقول اطعمنى أو فارقنى جاريتك تقول أطعمنى واستعملنى ولدك يقول الى من تتركنى رواه البخارى ومسلم وروى الدارقطنى عن أبى هريرة فى الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته يفرق بينهما ولنا قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ولان فى التفريق ابطال الملك على الزوج وفى الامر بالاستدانة تأخير حقها وهو اهون من الابطال فكان أولى وليس فى حديث أبى هريرة حجة لانهم قالوا له سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا هذا من كيس ابى هريرة رواه البخارى كذلك عنه فى صحيحه ولانه ليس فيه الا حكاية قول المرأة اطعمنى أو فارقنى وليس فيه دلالة على ان الفراق واجب عليه اذا طلبت وكذا الحديث الثانى ليس بحجة لان فى طريقه عبد الباقى بن قانع وقال البرقانى فى حديثه

(حاجة مع غير الزوج) وعند أبى يوسف
ان حجت مع محرم فلها النفقة وعنه
ان كانت مغصوبة لها النفقة والفتوى
على الاول وانما قيد بقوله حاجة لانها
لو كانت معتمرة او تاجرة وليس معها
زوجها الاتحيان اتفاقا وقيد بقوله
مع غير الزوج لانه ان كان معها
الزوج تجب بالاتفاق (و) لا لو كانت
(مريضة لم تزف) الى بيت زوجها مطلقا
وان زفت فرضت بعده فلها النفقة
وعن ابى يوسف انه لا نفقة لها ان كانت
مريضة لا تطيق الجماع (و) تجب النفقة
(لخادمها) مطلقا سواء كان حرا او مملوكا
لها او لغيرها (لو) كان (موسرا) فان
كان لها خادمان او اكثر لا يفرض
عندهما وعند أبى يوسف يفرض لخادمين
وقيل ان كان مملوكا لها يستحق والا لا
وفى فتاوى سمرقند اذا كانت المرأة
من بنات الاشراف ولها خدم يجبر
الزوج على نفقة خادمين وعن أبى
يوسف فى رواية أخرى انها اذا كانت
فائقة بنت فائق وزفت الى زوجها مع
خدم كثيرة استحقت نفقة الخدم كلها
وقالوا ان الزوج الموسر يلزمه من نفقة
الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته
قوله لو موسرا اشارة الى انه لا تجب
نفقة الخادم عند اعساره وهو رواية
الحسن عن ابى حنيفة وهو الاصح خلافا
لما قاله محمد وفى الذخيرة هذا اذا كان
للمرأة خادم اما اذا لم يكن للمرأة خادم
لا تفرض نفقة الخادم عليه فى ظاهر
الرواية عن اصحابنا وعن زفر انه يفرض
لخادم واحد ثم هى تقوم بذلك بنفسها
او تتخذ خادما (ولا يفرق) بينهما (بعجزه
عن النفقة) مطلقا سواء كان حاضرا
اولا وسواء طلبت اولا وقال الشافعى
اذا كان حاضرا وطلبت يفرق

نكرة وقال أيضا هو ضعيف عندنا وضعفه غيره عيني والبرقاني بالفتح نسبة الى برقان قرية بنواحي خوارزم وأخرى بجرجان شيخنا عن اللب واعلم ان تقييد الشارح بحضرة الزوج لا للاحتراز عن غيبته بل للاشارة الى ماذكره شراح الهداية من ان العجز عن النفقة انما يظهر عند حضور الزوج واما اذا كان غائبا فلا يعرف العجز واما ما استدل به فى الدرر على عدم الفسخ بعجزه حال غيبته حيث قال ان مجوز الفسخ عند الشافعى امران احدهما اعسار الزوج وطريقه ان يثبت اعساره عند الحاكم فيمهله ثلاثة أيام ويمكنها منه صبيحة الرابع كذا فى غاية القصوى وثانيهما عدم ايفاء الزوج الغائب حقها من النفقة ولو موسرا قال فى شرح غاية القصوى ولو غاب الزوج حال كونه قادرا على أداء النفقة ولكن لا يوفى حقها فاظهر الوجهين انه لا فسخ فى هذه الصورة ولكن يبعث الحاكم الى حاكم بلده ليطالبه ان كان موضعه معلوما والثانى ثبوت الفسخ واليه مال جمع من اصحابنا أى الشافعية وافتوا بذلك للمصلحة وقال فى شرح الحاوى وهو اختيار القاضى الطبرى وابن الصباغ وعن الرويانى وابن اخيه صاحب العدة ان المصلحة والفتوى به فعلم مما نقل من كتب الشافعى الموثوق بها ان الحكم بالعجز عن النفقة عند الشافعى انما هو بالنظر الى الحاضر وأما الحكم بالنظر الى الغائب فبعدم الانفاق فلا وجه لما ذكر فى الرد على الشافعى فى شروح الهداية وغيرها ان العجز عن النفقة انما يظهر عند حضور الزوج واما اذا كان غائبا غيبة منقطعة فلا يعرف العجز لجواز أن يكون قادرا فيكون هذا ترك الانفاق لا العجز فان رفع هذا القضاء الى قاض آخر فاجاز قضاءه فالصحيح انه لا ينفذ لان هذا القضاء ليس فى مجتهد فيه لما ذكرنا ان العجز لم يثبت نعم يرد هذا على من لم يعرف مذهبه من الشافعية ويحكم على الغائب بالعجز عن الانفاق لا على الشافعى ولا على من يعمل بمذهب الشافعى انتهى فيه نظر لما نقله شيخنا عن الرملى فى شرح المنهاج من أن والده أفتى بعدم الفسخ فيما اذا تعذر تحصيل النفقة لغيبته وان طالت وانقطع خبره قال فقد صرح فى الام بانه لا فسخ مادام موسرا وان انقطع خبره وتعذر استيفاؤها من ماله الى آخره فقوله موسرا ظاهر فى الفسخ عند عجزه وحينئذ يتجه ماذكره شراح الهداية فى الرد على الشافعى وما استدل به فى الدرر لا يدل على مدعاه بل فيه ما يشير الى انه يفسخ بالعجز حال غيبته وهو قوله ولو غاب الزوج حال كونه قادرا على اداء النفقة الخ فتقييده بالقدرة على اداء النفقة يقتضى الفسخ عند عجزه والحاصل انه استفيد من شرح غاية القصوى ان الاختلاف فى الفسخ وان الاظهر عدمه بالنسبة لما اذا لم ينفق عليها حال غيبته والحال ان له قدرة على اداء النفقة فان عجز فلا اختلاف فى الفسخ حينئذ وعلى هذا فلا فرق فى الفسخ بالعجز بين حضوره وغيبته خلافا لما فهمه فى الدرر من ان الفسخ حال غيبته غير منوط بالعجز بل بترك الانفاق مع القدرة وليس كذلك واذا علم جواز الفسخ بترك الانفاق مع القدرة حال غيبته وان كان الاظهر خلافه فلان يعلم جوازه حالة العجز بالاولى فظهر ان ما فهمه فى الدرر من ان الفسخ حالة الغيبة لا يكون الا بترك الانفاق فقط فهم غير صحيح وليس المراد من قوله فان رفع هذا القضاء الخ ما هو الاعم من كونه حنفيا أو شافعيا بل خصوص الشافعى ولهذا نقل فى الدر عن البحر انه لو قضى به حنفى لم ينفذ نعم لو امر شافعيا فقضى به نفذ اذا لم يرتش الآمر والمأمور انتهى وقوله نعم لو أمر شافعيا الخ أى بشرط ان يكون مأذونا له بالاستنابة حموى عن المفتاح واقول ما سبق عن الدر معزيا للبحر هو قول الصاحبين وعند الامام اذا وقع منه القضاء مخالفا رأيه ناسيا لمذهبه نفذ عنده وفى العمد روايتان وعندهما لا ينفذ فى الوجهين واختلف الترجيح ففى الخانية اظهر الروايتين عن ابى حنيفة نفاذ قضائه وعليه الفتوى انتهى وهكذا فى الفتاوى الصغرى وفى المعراج معزيا للمحيط الفتوى على قولهما بحر ثم نقل عن البزازية معزيا للشرح الطحاوى ما يقتضى موافقة الصاحبين للامام فى نفاذ القضاء ونصه اذا لم يكن القاضى مجتهدا وقضى بالفتوى ثم تبين أنه على خلاف مذهبه نفذ وليس لغيره نقضه وله أن ينقضه كذا عن محمد وقال الثانى ليس له أن ينقضه أيضا انتهى وهكذا ذكر العمادى فى الفصول وفى عمدة الفتاوى القاضى اذا قضى بقول مرجوع عنه جاز وكذا لو قضى فى فصل مجتهد فيه وكذا

فى السراجية وفى مآل الفتاوى قضى بخلاف مذهبه وهو مجتهد فيه قال أبو حنيفة ينفذ وقال أبو يوسف لا ينفذ انتهى فتحصل من هذه النقول انه اذا قضى بمذهب غيره أو بقول مرجوع عنه نفذ عند الامام وليس لغيره نقضه قولا واحدا باتفاق المشايخ وانما الخلاف بالنسبة لغير الامام فمنهم من نقل ما يقتضى موافقة الصاحبين للامام كالبزازى تبعا لشرح الطحاوى ومنهم من عزا القول بالنفاذ الى الامام وعزا القول بعدمه الى الصاحبين كقاضيخان وصاحب المعراج ويوافق كلام قاضيخان ماذكره فى المحيط أولا من أن اختلاف الرواية فى نفاذ القضاء وذكر آخرا أن الاختلاف فى حل الاقدام على القضاء فعلى ماذكره فى المحيط آخرا الاختلاف فى نفاذ القضاء بعد وقوعه وانما الخلاف فى حل الاقدام فقط وهذا القول يلائم كلام الطحاوى قال فى البحر والصحيح أن فيه خلافا بين أبى حنيفة وصاحبيه أى فى النفاذ بدليل سياق كلامه والحاصل أن كلام صاحب البحر أولا يقتضى الميل الى عدم النفاذ حيث نقل عن الفتح أن الوجه الافتاء بقولهما لان التارك لمذهبه عمدا لا يفعله الا لهوى باطل لا لقصد جميل الخ لكن ذكر بعد ذلك ما يخالفه حيث قال والحق أن القاضى اذا حكم على خلاف مذهبه فان متوهما أنه على وفقه فانه باطل يجب نقضه وان وافق مجتهدا فيه وان كان متعمدا مذهب غيره فانه لا ينقض الخ وفى الدر المختار من الديباجة ذكر أن الخلاف خاص بالقاضى المجتهد وأما المقلد فلا ينفذ قضاؤه بخلاف مذهبه أصلا كما فى القنية لا سيما فى زماننا فان السلطان ينص فى منشوره على نهيه عن القضاء بالاقوال الضعيفة فكيف بخلاف مذهبه فيكون معزولا بالنسبة لغير المعتمد من مذهبه فلا ينفذ قضاؤه فيه وينقض الخ (قوله وتؤمر بالاستدانة عليه) بعد فرض القاضى نفقتها عليه نهر (قوله هو الشراء بالنسيئة الخ) بان يقول لها القاضى اشترى الطعام والكسوة وكلى والبسى لترجعى بثمنهما على الزوج لا أن يقول استقرضى على الزوج لان التوكيل بالاستقراض لا يصح حموى عن البرجندى وفائدة أمر القاضى بالاستدانة رجوع الغريم على الزوج وبدونه يرجع على المرأة وهى ترجع بالمغرم على الزوج وفائدته أيضا الرجوع على الزوج بعد موت أحدهما واعلم أن أمرها بالاستدانة مقيد بما اذا لم يكن لها أخ او ابن موسرا ومن تجب عليه نفقتها لولا الزوج لما فى التبيين عن شرح المختار أن نفقتها حينئذ على زوجها ويؤمر الابن او الاخ بالانفاق عليها ويرجع به على الزوج اذا ايسر ويحبس الابن او الاخ اذا امتنع لان هذا من المعروف شرنبلالية وانما لا يؤمر الرجل بالاستدانة لانه بعد ثبوت اعساره لا يأمنه احد غالبا على ماله نهر فلو استدانت بعد الفرض بأمر القاضى ثم مات احد الزوجين قبل القبض لا تسقط المستدانة بالموت هو الصحيح وكذا لا تسقط بالطلاق فى الصحيح حموى عن المفتاح (قوله وتتم نفقة اليسار بطروه) كذا عكسه لو اعسر شرنبلالية عن المواهب وهذه المسئلة تستقيم على قول الكرخى حيث اعتبر حال الرجل فقط ولم يعتبر حال المرأة اصلا وهو ظاهر الرواية ولا تستقيم على ماذكره الخصاف من اعتبار حالهما على ما عليه الاعتماد فيكون فيه نوع تناقض لان ماذكره اول الباب هو قول الخصاف ثم بنى القول على قول الكرخى زيلعى قال العينى قلت بل تستقيم على قول الخصاف لانه عند اعسار احدهما المعتبر النفقة الوسط فاذا ايسر تمم نفقة الموسرين او يجوزان يكون اختار هنا قول الكرخى انتهى واقول ما اجاب به العينى من ان كلامه يستقيم على قول الخصاف يأباه قول المصنف وان قضى بنفقة الاعسار اللهم الا ان يلتزم بأن نفقة الاعسار تشمل النفقة الوسط فحينئذ يتم ماذكره (قوله ولا تجب نفقة مدة مضت الخ) لانها صلة والصلة لا تملك الا بالقبض (قوله بأن غاب عنها شهرا) تقييده بالشهر يشير الى ما فى الزيلعى عن الغاية من ان نفقة ما دون الشهر لا تسقط فكأنه جعل القليل مما لا يمكن التحرز عنه اذ لو سقطت بمضى يسير من المدة لما تمكنت من الاخذ اصلا انتهى (قوله أو الرضا) بان اصطلحا على قدر معين اصنافا او دراهم در (قوله فيقضى لها بنفقة ما مضى) ولو انفقت من مال نفسها بلا أمر قاض ولو اختلفا فى المدة فالقول له والبينة لها ولو انكرت انفاقه فالقول لها بيمينها در عن الذخيرة واذا أقر أن فى ذمته لها كسوة

(وتؤمر بالاستدانة عليه) مطلقا سواء كان حاضرا او غائبا وفى فتاوى السراجية هذا اذا كان الزوج حاضرا وان كان غائبا لا تؤمر به وذكر الخصاف ان تفسير الاستدانة على الزوج هو الشراء بالنسيئة ليقضى الثمن من مال الزوج (وتتم نفقة اليسار بطروه وان قضى) القاضى (بنفقة الاعسار) هذا اذا كان اصطلحا اما اذا رضيت بها فلا (ولا تجب نفقة) مدة (مضت) بان غاب عنها شهرا او كان حاضرا وامتنع من الانفاق وقد اكلت من مال نفسها (الا بالقضاء) فى هذه المدة (او الرضا) فيقضى لها بنفقة مامضى

ماضـية ففى فتاوى قارى الهـداية انهـا تلزمه ولكن ينبغى للقاضى ان يستفسرها اذا ادعت فان ادعتها بلا قضاء ولا رضا لم يسمعها للسقوط والا سمعها ولا يستفسر المقرانتهى فاذا أقر انها بذمته حمل على انها بقضاء أو رضا فتلزمه اللهم الا اذا صدقت المرأة على انها بغير قضاء و رضا بعد اقراره المطلق فينبغى ان لا تلزمه اشباه آخر كتاب الاقرار (قوله و بموت أحدهما تسقط المقضية) لانها صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة والدية نهر والتقييد بموت أحـدهما وقع اتفاقا لانهما لوماتا معا يكون الحكم كذلك حموى عن المفتاح والاولى ان يقال تقييده بموت أحدهما ليعلم الحكم فى موتهما معا بالاولى (قوله أما اذا أمرها فاستدانت الخ) بخلاف مالو كانت الاستدانة بغير الامر لان للقاضى ولاية عامة فنزلت استدانتها بامره بمنزلة استدانته نهر (قوله وكذا لو طلقها الزوج الخ) ولو رجعيا كما فى الظهيرية والخانية واعتمد فى البحر بحثا عدم سقوطها بالطلاق كيلا يتخذ الناس ذلك حيلة واستحسنه محشى الاشباه وبالاول أفتى شيخنا يعنى الشيخ خير الدين لكن صحح الشرنبلالى فى شرحه للوهبانية مابحثه فى البحر من عدم السقوط ولو بائنا قال وهو الاصح ورد ماذكره ابن الشحنة در وصرح فى الشرنبلالية بان القول بسقوط النفقة بالطلاق ولو بائنا ضعيف مستدلا بما فى الفيض والزيلعى قال وذكر صاحب البحر وجوها لتضعيف القول بالسقوط (قوله أى لو عجل لها نفقة مدة ثم مات أحدهما الخ) أو طلقها در سواء قبل الدخول أو بعده شرنبلالية عن البحر فلو ابقى الشارح المتن على اطلاقه لكان أولى وكذا لا فرق فى الحكم بين ان يكون التعجيل من الزوج أو ابيه (قوله لم يرجع بشئ) ولو قائمة به يفتى در لانها صلة اتصل بها القبض (قوله ويسترد ماوراء ذلك) لانها أخذت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس فتبين ان لا استحقاق لها عليه فترده زيلعى (قوله وان كان مستهلكا تجب قيمة الباقى) قيد بالاستهلاك لانها لو هلكت لا يسترد شئ بالاجماع (قوله وعن محمد انها اذا قبضت نفقة شهر فادونه الخ) لانه يسير فصار فى حكم الحال هداية (قوله و يبيع القن الخ) انما يباع العبد اذا لم يكن فى يده من كسبه ما يصرف الى الدين اما اذا كان فلا تباع رقبته ما بقى الكسب فى يده حموى عن البرجندى وكما يباع فى دين النفقة فكذا فى دين المهر وسكت عنه هنا التصريحه به فى نكاح الرقيق (قوله فى نفقة زوجته) يعنى المفروضة ولو بنت المولى لا امته ولا نفقة ولده ولو زوجته حرة بل نفقته على امه و لو مكاتبة لتبعيته للام ولو مكاتبين سعى لامه ونفقته على أبيه در عن الجوهرة وقوله ونفقته على ابيه مخالف لما فى البحر عن الكافى وغيره حيث قال واذا كانت امرأة المكاتب مكاتبة ولهما مولى واحد فنفقة الولد على الام لان الولد تابع للام فى كتابتها ولهذا كان كسب الولد لها الخ وهل يباع القن فى كفن زوجته بناء على مامر من وجوبه على الزوج مطلقا على قول الثانى ينبغى ان يباع ولو قتل سقطت فى الاصح كذا لو مات فاذا اشتراه من علم بحاله اولم يعلم ثم علم فرضى ظهر السبب فى حقه ايضا فاذا اجتمع عليه النفقة مرة أخرى يباع ثانيا وكذا حاله عند المشترى الثالث وهلم جرا ولا يباع مرة أخرى الا فى دين النفقة كذا فى الفتح وفى قوله فاذا اجتمع الخ ايماء الى انه لو بيع فلم تف قيمته بما عليه لم يبع فى الباقى ثانيا ومافى صدر الشريعة سهو نهر ولو ابدل فى النهر القيمة بالثمن من قوله فلم تف قيمته الخ لكان اولى (تتمة) وقع لصاحب الدرر نظير ماوقع لصدر الشريعة من السهو وسرى عليه من متابعته (قوله الا ان يفديه مولاه) مطلقا أبت الزوجة الا بيعه أو رضيت لان حقها فى النفقة لا فى الرقبة هداية (قوله لان المدبر لا يباع) وكذا ولد ام الولد ومافى النهر من قوله وام الولد صوابه و ولد ام الولد شيخنا (قوله ولا مهر ايضا) لكن يطالب به بعد الحرية عينى (قوله انما تجب بالتبوئة) قبل الطلاق لا بعده حتى لو بوأها بعد الطلاق لاجل انقضاء العدة ولم يكن بوأها قبل الطلاق سقطت بخلاف حرة نشزت فطلقت فعادت وفى البحر بحثا فرضها قبل التبوئة باطل در (قوله مطلقا سواء كانت مدبرة الخ) ولا فرق بين ان يكون الزوج حرا او عبدا يعنى لغير سيد الامة اذ لو كان عبده فنفقتها على السيد بوأها أولا زيلعى و ينظر مالو كان مكاتبا للمولى ولعلها عليه شرنبلالية (قوله ولو خدمته احيانا من غير استخدامه الخ) لانه لم يستخدمها لم يكون

(و بموت احدهما تسقط) النفقة (المقضية) المفروضة وعند الشافعى لا تسقط هذا اذا لم يامرها بالاستدانة اما اذا امرها فاستدانت ثم مات احدهما لا يبطل ذلك هكذا ذكر الحاكم الشهيد فى المختصر وذكر الخصاف انه يبطل ايضا والصحيح هو الاول وكذا فى شرح الهداية وكذا لو طلقها الزوج فى هذا الوجه يسقط ما اجتمع عليه من النفقة بعد فرض القاضى (ولا ترد المعجلة) أى لو عجل لها النفقة مدة ثم مات احدهما قبل مضى المدة لم يرجع بشئ عندهما مطلقا سواء كانت شهرا او اكثر منه وعند محمد والشافعى ترفع عنها حصة المدة الماضية قبل موته و يسترد ماوراء ذلك ان كان قائما وان كان مستهلكا تجب قيمة الباقى وعلى هذا الخلاف تعجيل الكسوة وعن محمد انها اذا قبضت نفقة شهر فادونه ومات قبل مضيه لا يسترد وان كان اكثر من الشهر فعلى ماذكرنا من الخلاف (ويبيع القن فى نفقة زوجته) الا ان يفديه مولاه وانما قيد بالقن لان المدبر لا يباع ونفقتها تتعلق بكسبه وكذا المكاتب مالم يعجز وان عجز يباع هذا اذا كان التزوج باذن المولى اما اذا كان التزوج بغير الاذن فلا نفقة عليهم ولا مهر ايضا (ونفقة الامة المنكوحة انما تجب بالتبوئة) مطلقا سواء كانت مدبرة اوام ولد وهى ان يخلى بينها و بينه فى منزله ولا يستخدمها ولو خدمته احيانا من غير استخدامه فلها النفقة

استردادا

استردادا هداية (قوله ولو استخدمها بعد التبوئة الخ) وكذا اذا استخدمها اهله وظاهر مافى الكافى سقوطها باستخدامها ولو فى منزل الزوج لكن تعليل السقوط بفوت الاحتباس يفيد خلافه نهر ولو بوأها منزلا ثم عجل الزوج لها النفقة ثم اخرجها المولى للخدمة وقد بقى فى يدها شئ استرده زيلعى من المضاربة ونص عبارته ولو رجع الى بلده وفى يده شئ من النفقة رده الى مال المضاربة كالحاج عن الغير اذا بقى شئ فى يده يرده على المحجوج عنه او الورثة وكالغازى اذا خرج من دار الحرب يرد الى الغنيمة مامعه من النفقة وكالامة اذا بوأها المولى منزلا مع الزوج ثم اخرجها للخدمة وقد بقى شئ من النفقة فى يدها استرده الزوج انتهى وانظر هل استرداد الزوج مابقى فى يدها قول محمد او هو قول الكل وظاهر اطلاقه هو الثانى وحينئذ يشكل وجه الفرق بالنسبة لمذهب الامام الاعظم وابى يوسف حيث استرد الزوج مابقى فى يدها بعد ما اخرجها المولى للخدمة بخلاف المسئلة المتقدمة التى اشار اليها المصنف بقوله ولا ترد المعجلة فانه لا استرداد فيها عندهما مع ان الاحتباس زال فى كل منهما غير انه فى هذه بالاستخدام وفى تلك بالموت و يمكن الفرق بان زوال الاحتباس فى تلك بامر قهرى لا صنع لها فيه بخلاف ماهنا فانه حصل بصنع المولى (قوله وتجب السكنى) افردها بالذكر مع ان اسم النفقة يعمها الان لها حكما يخصها نهر (قوله سكن الدار وفيها) اشار بهذا الى ان سكن يتعدى للمفعول بنفسه و بواسطة حرف الجر (قوله فى بيت) بقدر حالهما كطعام وكسوة وبيت منفرد من دار له غلق كفاها لحصول المقصود هداية زاد فى الاختيار والعينى ومرافق ومفاده لزوم كنيف ومطبخ قال فى البحر وينبغى الافتاء به وذكر فى البحر ايضا انه يشترط ان لا يكون فى الدار احد من احماء الزوج يؤذيها ونقل المصنف عن الملتقط كفايته مع الاحماء لا مع الضرائر فلكل من زوجتيه مطالبته ببيت من دار على حدة در وفى الفتاوى الخيرية ان امتنع من ذلك يحبس (قوله خال عن اهله) شامل لولده من غيرها كما فى الهداية قيل الا ان يكون صغيرا لا يفهم الجماع فله اسكانه معها كما فى الفتح وله ان يسكن امته معها فى المختار كما فى البرهان غير انه لا يطأها بحضرتها كما انه لا يحل له وطء زوجته بحضرتها ولا بحضرة الضرة شرنبلالية وكذا له ان يسكن معها ام ولده در وكذا له اسكان اخته معها أيضا حموى عن البرجندى ولم نجد فى كلامهم ذكر المؤنسة الا انه فى فتاوى قارى الهداية قال انها لا تجب و يسكنها بين قوم صالحين بحيث لا تستوحش وهو ظاهر فى وجوبها فيما اذا كان البيت خاليا عن الجيران ولاسيما اذا كانت تخشى على عقلها من سعته نهر ونظر فيه الشرنبلالى بان المسئلة مذكورة فى البحر قال ليس عليه ان يأتيها بامرأة تونسها فى البيت اذا خرج اذا لم يكن عندها احد كما فى فتاوى قارى الهداية انتهى وقال فى البحر قد علم من كلامهم ان البيت الذى ليس له جيران غير مسكن شرعى انتهى واقول ماذكره قارى الهداية من عدم لزوم المؤنسة يحمل على ما اذا كان المسكن صغيرا كالمساكن التى فى الربوع والحيشان يشير الى ذلك قوله بحيث لا تستوحش اذ لا يلزم من كون المسكن بين جيران عدم لزوم الاتيان بالمؤنسة اذا استوحشت بان كان المسكن متسعا كالدار وان كان لها جيران فعدم الاتيان بالمؤنسة فى هذه الحالة لا شك انه من المضارة لاسيما اذا خشيت على عقلها ومافى النهر من قوله وهو ظاهر فى وجوبها فيما اذا كان المسكن خاليا عن الجيران يحمل على ما اذا رضيت باسكانها فيه ولم تطلبه بالمسكن الشرعى وهو ماله جيران وحينئذ فلا يستقيم الرد عليه بما فى البحر من ان البيت الذى ليس له جيران غير مسكن شرعى ولهذا نقل السيد الحموى فى شرح عبارة النهر برمتها ولم يتعقبها فتحصل ان الافتاء بلزوم الاتيان بالمؤنسة وعدمه يختلف باختلاف المساكن ولو مع وجود الجيران فان كان المسكن بحال لو استغاثت بجيرانها اغاثوها سريعا لما بينهم من القرب لا تلزمه المؤنسة والا لزمته (قوله واهلها) ولو ولدها من غيره در ومقتضى ماسبق فى ولده ان يقال الا اذا كان صغيرا لا يفهم الجماع ولم اره (تتمة) سكن بها فى منزلها فلا اجر عليه فتاوى قارى الهداية بلا فرق بين مالو ابحت له السكنى ام لا لان لزوم الاجر باحد امرين اما العقد واستيفاء المنفعة على وجه الغصب ولم يوجد واحد منهما على ان استيفاء المنفعة فى الغصب لا يكون موجبا للزوم

ولو استخدمها بعد التبوئة سقطت النفقة اما المكاتبة فهى كالحرة فى استحقاق النفقة سواء بوأها مولاه أولا (و) تجب (السكنى) مصدر سكن الدار وفيها بمعنى اقام او اسم بمعنى الاسكان كالرقبى بمعنى الارقاب (فى بيت خال عن اهله واهلها) الا ان تختار ذلك و رضيت (وله) اى لاهلها (النظر والكلام معها) فى اى وقت شاؤا وله ان يمنع والديها وولدها من غيره واهلها من الدخول عليها وقيل لا يمنعهم من الدخول عليها وانما يمنعهم من القرار

وقيل لا يمنعها من الخروج الى والديها ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة وفي غيرهما من المحارم بقدر سنة وهو الصحيح وعليه الفتوى وقال محمد بن مقاتل الرازي لا يمنع المحارم من الزيارة في كل شهر (وفرض لزوجة الغائب وطفله) الصغير الفقير مطلقا سواء كان ذكرا او أنثى واولاده الكبار الزمنى الفقراء (وابويه) ان كانا محتاجين فحسب (في مال له عند من يقربه وبالزوجية) مطلقا سواء كان وديعة او مضاربة او دينا وقال زفر لا يقضى باعطائها من مال الوديعة وتؤمر بالاستدانة عليه وهذا اذا كان المال من جنس حقها كالدراهم والدنانير والطعام والكسوة اما اذا كان من خلاف جنسه فلا يفرض القاضي فيه النفقة وكذا اذا أنكر احد الامرين لا يفرض القاضي النفقة

الاجر الا في ثلاثة الوقف وعقار اليتيم والمعد للاستغلال (قوله وقيل لا يمنعها من الخروج الى والديها) ان لم يقدرا على اتيانها على ما اختاره في الاختيار ولو ابوها زمنا مثلا واحتاج فعليها تعاهده ولو كافرا وان أبى الزوج درعن الفتح (قوله وفي غيرهما من المحارم الخ) قيد بالمحارم لما في الدر من أنها ممنوعة من زيارة الاجانب وعيادتهم والوليمة وان أذن كانا عاصيين وفي البحر له منعها من الغزل وكل عمل ولو تبرعا لاجنبي ولو قابلة أو مغسلة لتقدم حقه على فرض الكفاية ومن مجلس العلم الا لنازلة امتنع زوجها من سؤالها ومن الحمام الا النفساء وان جاز بلا تزين وكشف قال الباقاني وعليه الفتوى فلا خلاف في منعهن الآن للعلم بكشف بعضهن شرنبلالية عن الكمال والحاصل ان لها الخروج ولو بغير اذنه اذا كانت قابلة أو غاسلة ما لم يمنعها وبهذا يندفع التنافي في كلام البحر (قوله وفرض لزوجة الغائب) ولو مفقودا در وفي الصيرفية قيد الغيبة بمدة السفر لكن نقل الحموي عن البرجندي انه لا فرق بين ان تكون الغيبة مدة السفر أولا حتى لو ذهب الى القرية وتركها في البلدة فللقاضي أن يفرض لها النفقة وما في الرمز من أنه ينبغي لو كان له خدم عندها أن تفرض لهم ولم أره نظر فيه الحموي بان السيد لو كان حاضرا لا يجبر على نفقتهم بل تكون نفقتهم في كسبهم بخلاف الزوجة والطفل ومن في حكمه انتهى قلت ويؤيده ما سيجيء من التصريح بانها لا تفرض لمملوكه (قوله واولاده الكبار الزمنى) هذا بالنسبة للذكور واما الانثى فتفرض لها مطلقا ولو قادرا لان صفة الانوثة عجز (قوله وأبويه ان كانا محتاجين) مطلقا ولو مع القدرة على الاكتساب لوجوب نفقتهما بمجرد الفقر بخلاف غيرهما من الاقارب حيث لا يكفي لوجوب النفقة مجرد الاحتياج بل لا بد من صفة العجز عن الكسب والاجداد والجدات كالابوين كما سيأتي وفي اقتصاره على ما ذكر من الزوجة والابوين والطفل ايماء الى أنها لا تفرض لغيرهم كمملوكه وأخيه كما أنه لا يقضى عنه دينه درمعللا بأنه قضاء على الغائب وفي النهر لا يقضى دين الغائب ولو أقر به من عنده المال انتهى قلت ومنه يستفاد جواب حادثة هي أن شخصا يدعي أنه كان مسافرا في بلدة فاذا بشخص ظلمه وأخذ منه قدرا معلوما من المال وانه يريد الدعوى على وكيله بمصر ليقضي له القاضي بالدفع من مال موكله الذي في يد الوكيل فأجبت بأن الدعوى على الوكيل لا تسمع ولا يقضى عليه بالدفع وان كان مقرا بما يدعيه من أخذ موكله (قوله عند من يقر به الخ) ولا بد أن يقر بالنسب أيضا في الوالد والولد قالوا وعلم القاضي بذلك كاف قيد باقراره لانه لو أنكر وطلبت يمينه لا يستحلف ولو أقامت البرهان بما ادعته عليه لم يقبل لانه ليس خصما نهر ولو علم بأحدهما احتيج للاقرار بالآخر در (قوله وقال زفر لا يقضى باعطائها من مال الوديعة) لانه مأمور بالحفظ دون الدفع ولنا أن صاحب اليد اذا كان مقرا بالمال والزوجية والنسب فقد أقر لهم بحق الاخذ لان لهم أن يأخذوا بايديهم من ماله بغير رضاه لان نفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء ولهذا كان لهم الاخذ قبل القضاء فكان القضاء اعانة وفتوى من القاضي بخلاف غير الولاد من الاقارب لان نفقتهم غير واجبة قبل القضاء ولهذا ليس لهم أن يأخذوا من ماله شيئا قبل القضاء اذا ظفروا به فكان القضاء ابتداء ايجاب فلا يجوز ذلك على الغائب زيلعي ولو انفق من عنده المال بلا فرض امينا كان كالمودع أولا كالمديون ضمن بلا رجوع ويقبل قول المودع في الدفع للنفقة لا المديون الا ببينة او اقرارها درعن البحر ولعل المراد بغير الولاد من الاقارب نحو الاخ والعم فليتطر شرنبلالي وما ترجاه الشرنبلالي صرح به القهستاني (قوله وهذا اذا كان المال من جنس حقها الخ) ولو قال من جنس حقهم كما في متن التنوير لكان أولى والتبر بمنزلة الدراهم في هذا الحكم لانه يصلح قيمة للمضروب زيلعي (قوله اما اذا كان من خلاف جنسه الخ) لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب للانفاق بالوفاق درر وغيرها كالهداية وعبارتها اما عند الامام فلانه لا يباع على الحاضر فكذا على الغائب واما عند الصاحبين فان كان يقضي على الحاضر لانه يعرف امتناعه فلا يقضي على الغائب لانه لا يعرف امتناعه انتهى لكن نقل السيد الحموي عن البرجندي ما نصه وقال الحلواني للقاضي بيع

ولا تسمع بينتها على النكاح ايضا عند علمائنا الثلاثة (ويؤخذ كفيل منها) بعدما اعطيت حتى ان حضر الزوج وأقام بينة على أنه أوفاها النفقة يأمرها القاضي برد ما أخذت وقيل الكفيل ضامن لما أخذت وان لم يكن له بينة وحلفت على ذلك فلا شيء على الكفيل وان نكلت لزمها وله الخيار في مطالبة أيهما شاء وذكر في ادب القاضي للخصاف ليس عليه ذلك لكن لو فعل فحسن وكذا يجبر الاب فحسب على نفقة امرأة ابنه الغائب ونفقة ولده (و) تجب النفقة والسكنى دون الكسوة (لمعتدة الطلاق) سواء كان رجعيا أو بائنا وسواء كانت حاملا أولا وقال الشافعي لا نفقة للمبتوتة ولها السكنى الا اذا كانت حاملا

عروض الغائب في نفقة زوجته عندهما لا عند الامام وفي العقار روايتان كذا في العمادية انتهى (قوله ولا تسمع بينتها على النكاح) ولا تستحلفه عند عدم البينة كما سبق عن النهر لان المودع ليس بخصم عنه في اثبات الزوجية والنسب ولا هم خصم عنه في اثبات المال زيلعي وقال زفر يسمعها ويفرض لها النفقة آمرا لها بالاستدانة فان حضر الزوج وانكر النكاح كلفها القاضي اقامة البينة ثانيا قال الخصاف وهذا ارفق بالناس وفي ملتقى الابحر وهو المختار وفي غيره وبه يفتى نهر وهذا من الست التي يفتى فيها بقول زفر فلو غاب وله زوجة وصغار تقبل بينتها على النكاح ان لم يكن عالما به ثم يفرض لهم ويأمرها بالانفاق او الاستدانة لترجع درعن البحر ووجه الافتاء بقول زفر ما في الهداية انه لا ضرر فيه على الغائب فانه لو حضر وصدقها فقد أخذت حقها وان جحد يحلف فان نكل فقد صدق وان اقامت بينة فقد ثبت حقها وان عجزت يضمن الكفيل او المرأة انتهى (قوله ويؤخذ كفيل منها) بما اخذته لا بنفسها وجوبا في الاصح نهر وسقوط النفقة بمضي الزمان او الموت عرضي لا اصلي فكان دين النفقة صحيحا بخلاف بدل الكتابة لان العجز في المكاتب اصلي ويحلفها مع اخذ الكفيل احتياطا ان الغائب لم يعطها النفقة ولا كانت ناشزة ولا مطلقة مضت عدتها تنوير وشرحه وكذا يؤخذ الكفيل من القريب ولادا ويحلفه ايضا شرنبلالية عن الجوهرة لان القاضي ناظر محتاط وفي اخذ الكفيل نظر للغائب وكذلك في التحليف ولكنه لو كان صغيرا كيف يحلف فلينظر انتهى (تنبيه) لا يقضى بنفقة في مال الغائب الا لهؤلاء المذكورين وهم الزوجة والوالدان والولد الصغير هداية ويستدرك عليه الاولاد الكبار الاناث والذكور الكبار الزمنى ونحوهم لانهم كالصغار للعجز عن الكسب كذا قاله الكمال قال الشرنبلالي وينظر ماذا يريد بنحوهم انتهى واقول يريد نحو الزمنى من كل من لا قدرة له على الكسب وان لم يكن زمنا فالضمير في ونحوهم يرجع للزمنى لا للذكور كما توهمه (قوله حتى ان حضر الزوج واقام بينة الخ) انما لم يعطف النكول عليه لانه اذا عجز عن اقامة البينة فاستحلفت فنكلت كان له الخيار في مطالبة ايهما شاء كما سيذكره الشارح يعني اتفاقا على ما يشير اليه كلامه اما اذا اقام البينة انه اوفاها النفقة ففي توجه الطلب على الكفيل قولان اشار الى ذلك بقوله وقيل الكفيل ضامن لما اخذت وبالجملة فمن زاد ونكلت على قول الشارح حتى ان حضر الزوج واقام بينة الخ لم يصب اما اولا فلتصريح الشارح به فيما سيأتي قريبا واما ثانيا فلان هذه الزيادة تقتضي ثبوت الخلاف في كون الكفيل مطالبا اولا في جانب النكول بناء على انه ضامن اولا كثبوته في جانب اقامة البينة على استيفائها النفقة (قوله وذكر في ادب القاضي للخصاف ليس عليه ذلك) أي ليس على القاضي ان يأخذ منها كفيلا بما اخذته لكنه لو اخذ كفيلا فحسن والاصح ان يأخذ منها كفيلا وجوبا كما سبق عن النهر بخلاف ما اذا قسمت التركة بين الورثة بالبينة حيث لم يؤخذ منهم كفيل عند ابي حنيفة لاحتمال ان يكون له وارث آخر والفرق ان المكفول له في النفقة معلوم وهو الزوج وفي الميراث مجهول زيلعي (قوله ولمعتدة الطلاق) يشترط في استحقاق النفقة ان تلازم بيت العدة حتى لو خرجت زمانا عن غير عذر شرعي صارت ناشزة ولا تستحق النفقة وان تكون معتدة من نكاح صحيح اذ المعتدة من النكاح الفاسد لا نفقة لها وان تكون حرة او امة بوأها المولى فان لم يبوئها المولى بيتا فلا نفقة لها كما في حال قيام النكاح واذا فرض لها القاضي نفقة العدة فلم تأخذ حتى مضت العدة قيل تسقط واختار الحلواني عدم السقوط حموي عن البرجندي وتقدم ان النفقة انما تجب بالتبوئة قبل الطلاق لا بعده حتى لو بوأها بعد الطلاق لا تستحق نفقة العدة واعلم ان الخلاف في سقوطها بمضي مدة العدة مقيد بما اذا لم تكن استدانت عليه بعد فرضها عليه بالقضاء وان فرضت بغير القضاء بان تراضيا عليها ففيه اختلاف الروايات والمشايخ نهر واعلم ان ما ذكره البرجندي من ان معتدة الطلاق تسقط نفقتها بنشوزها محمول على معتدة الرجعي فلا ينافي ما في النهر عن فروق المحبوبي لو نشزت المبانة في العدة او قبلت ابن زوجها لا تسقط نفقتها بخلاف المنكوحة لان السكنى في الاول حق الله فكذا النفقة وفي الثاني

حقها ولوادعت امتداد الطهر فلها النفقة مالم يحكم بانقضائها اما بحيضها او بدخولها حد الاياس مالم تدع
الحبل فلها النفقة الى سنتين منذ طلقها فلو مضتا ثم تبين ان لا حبل فلا رجوع عليها وان شرطه لانه شرط
باطل ولو صالحها عن نفقة العدة ان بالاشهر صح وان بالحيض لا للجهالة بحر ونهر ودرر (قوله وانما قلنا
دون الكسوة لانها لا تحتاج الخ) هكذا اعتذر عن محمد حيث لم يذكر الكسوة فى الكتاب شرنبلالية عن
منح الغفار (قوله لا الموت) شامل لما لو كانت حاملا الا اذا كانت ام ولد حاملا فلها النفقة من جميع المال
شرنبلالية عن النهر معزيا للجوهرة وقوله شامل لما لو كانت حاملا يخالف لما نقله السيد الحموى عن
البرجندى ونصه ويستثنى من ذلك الحامل فانها تجب لها النفقة ويمكن ان يقال ان نفقة الحامل لاجل
الحمل لا للعدة انتهى فتحصل ان معتدة الموت الحامل اختلفوا فى وجوب النفقة لها الا ان تكون ام ولد
فتجب لها النفقة بالاتفاق من جميع المال لانه لا ارث لها قال فى النهر وينبغى ان يكون معناه اذا حبلت
امة من سيدها واعترف بان الحمل منه لكنها لم تلد الا بعد الموت انتهى (تتمة) ذكر ابو الليث فى تفسير
قوله تعالى وان كن أولات حمل قد اجمعوا ان المطلقة اذا كانت حاملا فلها النفقة واما
اذا لم تكن حاملا فان كان الطلاق رجعيا فلها النفقة والسكنى بالاجماع وان كان الطلاق بائنا فلها النفقة
والسكنى فى قول أهل العراق وقال بعضهم لها السكنى ولا نفقة لها اه (قوله بمعصيتها) لانها صارت
حابسة نفسها بغير حق وصارت كالناشزة بل ابعد قيد بالمعصية لانها لو كانت بغيرها كخيار بلوغ وعتق
وعدم كفاءة ووطء ابن الزوج مكرهة وجبت نفقتها وبكونها منها لانها لو كانت منه كتقبيل بنت زوجته
او ايلائه مع عدم فيئه حتى مضت المدة وابائه عن الاسلام اذا اسلمت هى او ارتد فابى عن الاسلام وجبت
لها النفقة لان بمعصيته لا تحرم هى النفقة قال فى الفتح ولها السكنى فى جميع الصور لان القرار فى منزل
الزوج حق عليها فلا يسقط بمعصيتها اما النفقة فحق لها فتجازى بسقوطه بمعصيتها انتهى والظاهر ان
الكسوة كالنفقة بجامع ان كلا منهما حق لها نهر (قوله وردتها بعد البت تسقط نفقتها لا تمكين ابنه) وجه
الفرق ما فى النهر من ان الشارع اوجب حبس المرتدة ولا نفقة للمحبوسة وكذا لو لحقت بدار الحرب حتى
لو لم تلحق بدار الحرب ولم تحبس كان لها النفقة ولو حبست او لحقت فعادت الى الاسلام ورجعت الى بيتها
عاد استحقاقها للنفقة اما الممكنة فانها لا تحبس به شرعا الخ وقوله حتى لو لم تلحق بدار الحرب ولم تحبس كان
لها النفقة معناه انها لم تخرج من بيته در عن القهستانى وسياتى فى كلام الشارح ما يفيده (قوله
ولطفله) وهو الولد حين يسقط من بطن امه الى ان يحتلم ويقال جارية طفل وطفلة كذا فى المغرب وقيل
اول ما يولد صبى ثم طفل نهر وفى الدر الطفل يعم الانثى والجمع وذلك لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن
الآية اوجب على الاب رزق الوالدات وعبر بالمولود تنبيها على علة الايجاب وهو الولادة واذا وجبت نفقة
غيره بسببه فنفقة نفسه اولى نهر واطلق فى وجوب نفقة الطفل على ابيه فعم ما لو كان مسلما وابوه كافر در
عن البحر وسياتى التصريح به فى كلام الشارح عند قول المصنف ولا نفقة مع اختلاف الدين الا بالزوجية
والولاد ولو للصغير مال غائب فنفقته على ابيه ثم يرجع ان أشهد الا ان ينوى الادانة ولو كانا فقيرين فالاب
يكتسب او يتكفف وينفق ولو لم يتيسر انفق عليهم القريب ورجع على الاب اذا ايسر ولو خاصمته الام
فى نفقتهم فرضها القاضى وامره بدفعها للام ما لم يثبت خيانتها فيدفع لها صباحا ومساء او يأمر من ينفق
عليهم وصح صلحها عن نفقتهم ولو بزيادة يسيرة تدخل تحت التقدير وان لم تدخل طرحت ولو على
ما لا يكفيهم زيدت بحر ولو ضاعت رجعت بنفقتهم دون حصتها وفى المنية أب معسر وام موسرة تؤمر
الام بالانفاق ويكون دينا على الاب وهى اولى من الجد الموسر در وفى الاشباه من كتاب الفرائض الجد
كالاب الا فى ثلاثة عشر مسئلة منها ما فى الخانية مات وترك اولادا صغارا ولا مال لهم ولهم ام وجد ابو الاب
فالنفقة عليهما اثلاثا الثلث على الام والثلثان على الجد انتهى واذا امتنع الاب من الانفاق على ولده مع
كون الاب له قدرة على الكسب حبس بخلاف سائر الديون ولا يحبس والد وان علا فى دين ولده وان

واغا قلنا دون الكسوة لانها الاتحتاج
فى مدة العدة الى الكسوة حتى
لواحتاجت تفرض كذا فى الخزانة
(لا الموت) اى لا يجب شئ لمعتدة الموت
(و) معتدة (المعصية) وهى التى جاءت
الفرقة بمعصية كردتها وتقبيل ابنه
قبل الطلاق (وردتها بعد البت) مطلقا
سواء كان واحدا أو اكثر (تسقط
نفقتها) اذا حبست حتى تتوب فان لم
تحبس بعد البت بل هى فى بيت زوجها اولها
البقية (لا) اى لا يسقط (تمكين ابنه)
من نفسها بعد البت فيكون لها النفقة
خلافا لزفر وهذا اذا كان بائنا اما اذا كان
رجعيا وارتدت فحبست أولا ومكنت
ابنه فلا نفقة لها (و) تجب النفقة
(لطفله الفقير) اذا كان حرا وابوه حر
وان كان الولد عبدا فنفقته على مولاه
وان كان الاب عبدا الا تلزمه نفقة الابن

سفل

سفل الا فى النفقة شرنبلالية عن الفتح وسيأتى عن البدائع انه اذا امتنع عن نفقة القريب المحرم يضرب
الخ على ان ضربه فى قرابة الولاد يكون بالاولى قيد بالطفل لان الكبير القادر على الكسب لا تجب
نفقته على ابيه بخلاف العاجز كالذى به زمانة او عمى او شلل او ذهاب عقل ومنه الانثى الى أن تتزوج
وليس له ان يؤجرها فى عمل وان كان لها قدرة واذا طلقت وانقضت عدتها عادت نفقتها وابناء الكرام
اذا كانوا لا يهتدون الى الكسب نهر وكذا من يلحقه العار بالتكسب در وظاهره انه لا يشترط عدم
اهتدائه للكسب وكذا طالب علم لا يتفرغ للكسب ولهذا نقل عن ابى حامد انه افتى بعدمها للطلبة زماننا
واعلم ان قول المصنف ولطفله الفقير ليس على اطلاقه بل مقيد بان يكون عاجزا عن الكسب اذ لو بلغ
حد الكسب يسلمه الاب فى عمل او يؤاجره وينفق عليه من ذلك حموى عن البرجندى ولو كان الاب
مبذرا يدفع كسب الابن الى أمين كسائر املاكه شرنبلالية (قوله وان تزوج باذن المولى) سواء كانت
الزوجة حرة او امة اما اذا كانت حرة فلان الاولاد احرار تبعا لها والحر لا يستوجب النفقة على العبد الا
الزوجة وان كانت الزوجة امة فنفقة الاولاد على مولى الامة وان كانت نفقة الام على العبد لان الاولاد
تبع للام فى الملك فتكون نفقة الاولاد على المالك لا على الزوج كذا فى الولوالجية زاد فى الكافى وغيره
وكذا المكاتب لا تجب نفقة ولده سواء كانت امرأته حرة او قنة لهذا المعنى واذا كانت امرأة المكاتب
مكاتبة ولهما مولى واحد فنفقة الولد على الام لان الولد تابع للام فى كتابتها بحر عند قول المصنف
ويباع القن (قوله لا يقال قد استفيد هذا من قوله وفرض لطفله الخ) فيه نقل لكلام المصنف على
وجه الاختصار بحذف المعطوف عليه من قوله وفرض لزوجة الغائب وطفله (قوله ولا تجبر امه لترضع)
يعنى قضاء وان لزمها ديانة لانه كالنفقة وهى على الاب نهر (قوله واعلم ان الاعمال تجب عليها تدينا)
فلا يجوز لها أخذ الاجر عليها ولو شريفة لانه عليه السلام قسم الاعمال بين على وفاطمة فجعل اعمال الخارج
على على وأعمال الداخل على فاطمة مع انها سيدة نساء العالمين در (قوله ويستأجر الاب من ترضعه
عندها) لان الحضانة لها والنفقة عليه در بقى ان يقال ظاهر قول المصنف تبعا للهداية عندها وجوب
المكث على الغير عند الام مع ان المصرح به فى كلامهم كالبحر وغيره ان ذلك لا يجب الا بالشرط فيحمل
ما ذكره المصنف على ما اذا اشترط عليها ذلك اما بدون الشرط فلها ان ترضعه وترجع الى منزلها او تحمل
الصبى معها الى البيت أو ترضعه فى فناء الدار ثم تدخل به الدار الى امه كما فى العينى وغيره ولو انقضت
المدة وأبت أن ترضعه ولم يقبل ثدى غيرها قال محمد اجبرها عليه نهر واعلم ان المراد من قوله انقضت
المدة أى مدة الاجارة لا مدة الرضاع كما توهمه السيد الحموى فتعقبه بانه بعد انقضاء مدة الرضاعة
لا يحتاج الى الارضاع حتى تجبر عليه (قوله اما اذا لم توجد من ترضعه) او وجدت الا ان الولد لا يأخذ
ثدى غيرها نهر (قوله تجبر الام على الرضاع) صيانة له (قوله وعليه الفتوى) قال فى الفتح انه
الاصوب لان قصر الصبى الذى لم يأنس الطعام على الدهن والشراب سبب تمرضه وموته نهر (قوله
لا امه الخ) ولو من مال الصغير خلافا للذخيرة والمجتبى در لكن هذا خلاف ما عليه الفتوى كما سيأتى
قريبا عن المنصورية وتبعه البرجندى واقره العلامة الحموى (قوله لو منكوحة او معتدة) كيلا يؤدى
الى اجتماع اجرة الرضاع ونفقة النكاح فى مال واحد ولان الرضاع مستحق عليها ديانة الا انها عذرت
لاحتمال عجزها فاذا أقدمت عليه بالاجر ظهر قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز أخذ الاجرة عليه
نهر هذا اذا لم يكن للصغير مال فان كان له مال ذكر ابن رستم عن محمد انه اذا استأجر الاب امه من ماله حال
قيام النكاح يجوز لان نفقتها ليست من مال الرضيع فيجوز ان تستوجب الاجر فى ماله بمقابلة الارضاع
بالشرط والفتوى على هذه الرواية حموى عن البرجندى معزيا للمنصورية (قوله وفى رواية اخرى
جاز) وهو ظاهر الرواية واصح الروايتين كذا فى الجوهرة والقنية معللا بان النكاح قد زال فهى
كالاجنبية الا ان ظاهر الهداية يفيد ترجيح عدمه وهو رواية الحسن عن الامام وهو الاولى نهر

وان تزوج باذن المولى لا يقال
قد استفيد هذا من قوله وفرض
لطفله لانا نقول ذلك يجب فى مال
الاب الغائب وهذا يجب عليه مطلقا
سواء كان غائبا او حاضرا فلا يكون
مكررا (ولا تجبر امه لترضع)
مطلقا سواء كانت شريفة أولا وعند
مالك تجبر ان لم تكن شريفة واعلم ان
الاعمال تجب عليها تدينا ولا تجبر عليها
فى الحكم نحو كنس البيت وغسل
الثياب والطبخ والخبز والارضاع
(ويستأجر) الاب (من ترضعه عندها)
اذا ارادت ذلك هذا اذا وجدت
اما اذا لم توجد من ترضعه تجبر الام على
الارضاع وقيل لا تجبر الام فى ظاهر
الرواية وترى له غذاء من المائعات
والدهن والى الاول مال شمس الائمة
السرخسى والقدورى وهو الاصح
وعليه الفتوى (لا امه) اى لا يستأجر
ام الطفل (لو) كانت (منكوحة او
معتدة) عن الطلاق الرجعى لترضعه
وأما المعتدة عن طلاق بائن فكذلك
فى رواية وفى رواية اخرى جاز وان
استأجرها وهى منكوحته أو معتدته
لترضع ولده من غيرها جاز

(قوله وهى احق به بعدها) وظاهر كلامهم ان هذه الاجرة لا تتوقف على عقد اجارة مع الام بل تستحقه
بالارضاع فى المدة المذكورة ولا تسقط هذه الاجرة بموته بل هى اسوة الغرماء نهر (قوله مالم تطلب زيادة)
قال الزيلعى ولو رضيت الاجنبية بلا أجر أو بدون أجر المثل والام باجرة المثل فالاجنبية أولى انتهى أى
بالارضاع أما الحضانة فهى للام وتستحق أجرة عليها كما فى فتاوى قارى الهداية وفى الولوالجية لو طلبت
العمة أن تربيه وتمسكه من غير أجر ولا تمنع الام عنه فالصحيح أن يقال للام اما ان تمسكيه بغير أجر واما أن
يدفع الى العمة انتهى والعمة ليست بقيد فيما يظهر بقى أن الاجنبية هل تكون كذلك قال فى البحر
ظاهر المتون أن الام تأخذه بأجر المثل ولا تكون الاجنبية أولى نهر وفى الرمز ما يخالفه حيث قال والظاهر
أن من لا حق لها فى الحضانة كذلك قال وفى التتارخانية ما يشير اليه حموى بقى أن ظاهر كلامهم يفيد أنه
لا فرق فى الحكم المذكور بين أن يكون الاب معسرا أو موسرا وليس كذلك بل المسئلة مقيدة بما اذا كان
الاب معسرا كما فى الدرر عن الخلاصة حتى قال فى الشرنبلالية والتقييد يفيد أن الاب الموسر يجبر على دفع
الاجرة للام نظرا للصغير يعنى ولا تكون المتبرعة أولى منها (قوله وتجب النفقة لابويه) وان لم يكونا
مسلمين لقوله تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا نزلت فى الابوين الكافرين وليس من المعروف أن
يعيش فى نعم الله ويتركهما جائعين لكن قيد فى النهر المسئلة بغير الحربيين ولو مستأمنين فى دارنا ويشترط
كون الابن موسرا وسيأتى فى كلام الشارح ما يدل عليه فانه اذا كان معسرا كان عاجزا ولا نفقة على
العاجز بخلاف نفقة الزوجة والاولاد الصغار لانه التزمه بالعقد واختلفوا فى اليسار والفتوى على أنه
مقدر بملك نصاب حرمان الصدقة أعنى يسار الفطرة درر وهو مختار صاحب الهداية وهو قول أبى يوسف
وفى الخلاصة هو نصاب الزكاة وبه يفتى وعن محمد أنه قدره بما يفضل عن نفقة نفسه وعياله شهرا ان كان
من أهل الغلة وان كان من أهل الحرف فهو مقدر بما يفضل عن نفقته ونفقة عياله كل يوم وهذا أوجه
شرنبلالية عن الكمال ولو قال الاب هو غنى وادعى الابن الاعسار فالقول للابن والبينة بينة الاب واذا سرق
الاب من مال ابنه ما يكفيه اذا امتنع من الانفاق عليه فان كان فى البلدة قاض اثم والا فلا نهر واذا احتاج
الاب الى زوجة والابن موسر وجب عليه أن يزوجه أو يشترى له جارية ويلزمه نفقتهما وكسوتهما
وان كان للاب اكثر من زوجة لم يلزم الابن الا نفقة واحدة يوزعها الاب عليهن كما فى الجوهرة من غير
ذكر خلاف وفى البحر عن الحلوانى فى رواية اخرى قيد وجوب نفقة زوجة الاب بكونه مريضا أو به زمانة
أما اذا كان صحيحا فلا تجب نفقة زوجته على ولده شرنبلالية ولو لم يقدر الا على نفقة أحد أبويه فالام أحق
ولو له أب وطفل فالطفل أحق وقيل يقسمها فيهما در وظاهر اطلاقه أنه لا فرق بين أن تكون زوجة
الاب مسلمة أو ذمية وهو مشكل لان النفقة لا تجب مع اختلاف الدين الا فى الزوجة والولاد وقد يقال
وجوبها عليه لما كان بطريق التبع لنفقة الاب اغتفر اذ يغتفر فى التابع ما لا يغتفر فى غيره أو يقال
وجوبها عليه ضمنا لا قصدا ويغتفر فى الضمنيات ما لا يغتفر فى القصديات حموى (قوله وأجداده
وجداته) لانهما من الآباء والامهات واطلاقه شامل للجد والجدة الفاسقين وشامل لما لو كان من قبل
الاب أو الام شرنبلالية ونهر (قوله لو كانوا فقراء) ولو كان له منزل وخادم ففى استحقاقه روايتان
ورواية الاستحقاق هى الصواب ودل اطلاقه أن الاب لو كان مع فقره يقدر على الكسب تجب نفقته
أيضا وهذا قول السرخسى نهر وقوله ففى استحقاقه الخ أى استحقاق أجرة المنزل ونفقة الخادم (قوله
الا بالزوجية الخ) لان وجوبها باعتبار الحبس المستحق بالعقد الصحيح دون اتحاد الدين قيل لا يرد على
الحصر نفقة المملوك الكافر على السيد المسلم وان كان فقيرا لانه بصدد بيان نفقة الاقارب حموى عن
البرجندى وفى المختار والملتقى ونفقة زوجة الابن على أبيه ان كان صغيرا أو زمنا وفى واقعات المفتين
لقدرى أفندى ويجبر الاب على نفقة امرأة ابنه الغائب وولدها در (قوله والولاد) لانه لا يمتنع نفقة
نفسه بكفره فكذا نفقة جزئه الا أنه لا يجب على المسلم نفقة أبويه الحربيين كما فى الزيلعى لنهينا عن برمن

(وهى) أى الام (أحق) وأولى (به
بعدها) أى بعد العدة (مالم تطلب
زيادة و) تجب النفقة (لابويه وأجداده
وجداته لو) كانوا (فقراء) وان كانوا
أغنياء فلا (ولا نفقة مع اختلاف الدين
الا بالزوجية والولاد) أى الابوان
والاجداد والجدات والاولاد وأولاد
الاولاد وصورته أن يتزوج ذمى ذمية
فولدت ولدا ثم أسلمت فالولد يتبعها فى
الاسلام ونفقته على الاب أو أسلم الولد
دونها

يقاتلنا فى الدين واطلاق الحربيين صادق بالمستأمنين وبه صرح فى الدر (قوله ولا يشارك الاب والولد
الخ) قال فى النهاية ولا يشارك الولد فى نفقة أبويه أحد من الاخوة والاخوات والاعمام والعمات وغيرهم
واما الاولاد فانهم يشتركون فى نفقة والديهم حموى وأقول هذا مما لا حاجة اليه لان اللام فى الولد للجنس
فيصدق بالواحد والمتعدد (قوله تقديره لا يشارك أحد من الاقارب الاب الخ) اما الابوان فلان لهما
فى مال الولد تأويلا لقوله عليه السلام أنت ومالك لابيك ولا تأويل لهما فى مال غيره ولانه أقرب الناس
اليهما فكان أولى باستحقاق نفقتهما عليه واما نفقة الولد على الاب فلما تلونا ولما ذكرنا من المعنى زيلعى
ودرر وتعقبه فى الشرنبلالية بأن قوله عليه السلام أنت ومالك لابيك أخص من المدعى وأجاب شيخنا
بأن المراد من قوله عليه السلام لابيك الاصل فيعم الام (قوله على الذكور والاناث بالسوية) لان
المعنى وهو الجزئية أو اعتبار التأويل فى مال الولد يشمل الذكر والانثى بخلاف الولد الصغير حيث تجب
نفقته على الاب وحده لان الاب يختص بالولاية فى الصغير فكذا فى النفقة بخلاف الكبير زيلعى واعلم
ان المراد بالكبير هو الذى لا قدرة له على الكسب ولهذا قال فى الشرنبلالية ووجه الفرق بين نفقة
الصغير والكبير الزمن انه اجتمع للاب فى الصغير ولاية ومؤنة حتى وجبت عليه صدقة فطره فاختص
بلزوم نفقته عليه ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فتشاركه الام ولو كان للفقير ابنان أحدهما فائق
فى الغنى والآخر يملك نصابا فقط كانت النفقة عليهما بالسوية وفى الذخيرة عن الحلوانى التسوية انما
تكون اذا كان التفاوت يسيرا اما اذا كان تفاوتا فاحشا يجب ان يتفاوتا فى قدر النفقة حموى عن البرجندى
(قوله وعن أبى حنيفة ان نفقة الولد على الاب والام اثلاثا) يعنى الكبير كما سبق عن الزيلعى وأما الصغير
فنفقته على أبيه خاصة من غير خلاف قال الزيلعى والظاهر الاول (قوله ولقريب محرم) اذا كان حرا
حتى لو كان عبدا أو أمة أو مدبرا أو أم ولد فلا نفقة لهؤلاء على ذى الرحم المحرم لانها واجبة على مواليهم
حموى عن البرجندى واعلم ان التقييد بالقريب المحرم يخرج غير المحرم كابن العم والمحرم غير القريب
كالاخ رضاعا لكن يرد عليه ان لنا رحما محرما لا تجب نفقته كابن العم اذا كان أخا من الرضاع نهر وتبعه
الحموى فى الشرح وأقول هذا غفلة عما فى البحر عن شرح الطحاوى من ان المراد من كانت محرميته
بجهة القرابة وحينئذ فلا يرد وقول العينى وهنا قيد آخر لم ينبه عليه الشيخ وهو ان يكون ذو الرحم المحرم
مسلما الا ان اختلاف الدين يمنع هنا بخلاف قرابة الولاد والزوجية انتهى ذهول عن قول المصنف ولا نفقة
مع اختلاف الدين الا بالزوجية والولاد (قوله عاجز عن الكسب) حقيقة كالزمن والاعمى ومقطوع
اليدين او الرجلين أو حكما كالانثى نهر أو يكون من أعيان الناس يلحقه العار بالتكسب أو طالب علم
لا يتفرغ لذلك زيلعى (قوله بقدر الارث) لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وقرا ابن مسعود ذى
الرحم المحرم والمراد من هو أهل للميراث لا كونه وارثا حقيقة اذ لا يتحقق ذلك الا بعد الموت حتى لو كان له
خال وابن عم فنفقته على خاله وميراثه لابن عمه نعم عند الاستواء فى المحرمية النفقة على الوارث كالعم مع
الخال نهر وما فى الدرر من قوله فنفقة من له خال وابن عم على الخال ففيه نظر لانه ليس بمحرم والكلام
فى ذى الرحم المحرم در عن القهستانى وأفاد بقوله بقدر الارث انه لو تعدد من تجب عليه النفقة قسمت عليهم
بقدر الارث كأم وعم للصغير أو أم وأخ شقيق فلو كان الاقرب معسرا والابعد موسرا فكل من حاز جميع
المال وهو معسر جعل كالميت وكانت النفقة على الباقين بقدر الارث وكل من حاز بعضه لم يجعل كالميت
وكانت على قدر مواريث من يرث معه بيانه معسر له ابن فقير أو صغير وثلاثة اخوة متفرقين فنفقة الاب
على الشقيق والاخ لام اسداسا خمسة أسداسها على الشقيق والباقى على الاخ ونفقة الولد على الشقيق
خاصة كذا فى البدائع ولو اجتمع المعسرون والموسرون ووجبت النفقة على الموسرين اعتبر المعسرون
احياء فى حق اظهار قدر ما يجب على الموسرين ثم يجب الكل على الموسرين بيانه صغير له أم وأخت
شقيقة ولام فقط ولاب كذلك والشقيقة والام موسرتان فالنفقة عليهما على أربعة أسهم ثلاثة على

(ولا يشارك الاب والولد فى نفقة ولده
وأبويه أحد) فيه لف ونشر تقديره
لا يشارك أحد من الاقارب الاب فى
نفقة الابن ولا يشارك أحد الاقارب
الولد فى نفقة أبويه وعن أبى حنيفة
ان نفقة الولد على الاب والام اثلاثا
بحسب ميراثهما هذا اذا كان الاب
موسرا فان كان معسرا والام موسرة
أمرت بأن تنفق من مالها على الولد
ويكون ذلك دينا على الاب اذا ايسر
فان كان الاولاد موسرين فنفقة
الابوين على الذكور والاناث بالسوية
فى ظاهر الرواية وهو الصحيح وعن
أبى حنيفة ان النفقة بين الذكور
والاناث للذكر مثل حظ الانثيين
(و) تجب النفقة (لقريب محرم فقير
عاجز عن الكسب بقدر الارث)

الشقيقة والباقى على الام قاله الخصاف نهر (قوله لو موسرا) شرط المصنف اليسار لان الفقير لا تجب عليه نفقة غير الاصول والفروع والزوجة ولا يشترط يسار الاب لنفقة الولد الكبير العاجز لانه كالصغير بحر (قوله وله أخ وأخت) أو أم وعم أو أم وأخ شقيق كما سبق عن النهر (قوله على الاخ والاخت اثلاثا) ولو صغيرين وكذا يجبر الابن اذا كان موسرا على نفقة أولاد أبيه لان الفقير كالميت فتجب عليه نفقة اخوته ذكره فى المحيط وفيه يجبر الابن على نفقة امرأة أبيه ذكره هشام عن أبى يوسف وذكر الخصاف ان نفقة خادم الاب لا تجب على الابن الا اذا كان محتاجا اليه زيلعى (قوله وقال ابن أبى ليلى الخ) وبه قال أحمد عينى (قوله محرما كان أولا) اعلم ان بين ذى الرحم وبين المحرم عموما وخصوصا من وجه لتصادقهما على البنت والاخت وصدق الاول على بنت العم دون الثانى لصحة نكاحها وصدق الثانى على أخت الزوجة لعدم صحة نكاحها دون الاول درر لكن لو أبدل أخت الزوجة ببنت الزوجة أو بالاخت رضاعا لكان أولى (قوله وقال الشافعى لا تجب الخ) لان ذوى الارحام لا جزئية بينهم فلا تجب نفقة بعضهم على بعض (قوله عرض ابنه) العرض المتاع وكل ما هو غير الدراهم والدنانير فهو عرض وقال أبو عبيد العرض الامتعة التى ليست مكيلة ولا موزونة ولا حيوانا ولا عقارا كذا فى الصحاح والعقار فى اللغة هو الاراضى والاشجار والشرب والدور والمنازل وفى الفصول العمادية اسم للعرصة المبنية والضيعة اسم للعرصة فقط والمراد بالعقار هنا المعنى الاول ثم اعلم ان الابن ليس قيدا بل البنت كذلك ولو عبر المصنف بالولد لكان أولى حموى عن البرجندى (قوله الغائب) ولا بد من قيد كون الابن كبيرا اذ لو كان صغيرا باع الاب عرضه للنفقة اتفاقا شيخنا (قوله لنفقته) قيد بالنفقة لانه ليس له البيع لدين سواها اجماعا قال الزيلعى فى المسئلة نوع اشكال وهو ان يقال اذا كان للاب حال غيبة ابنه ولاية الحفظ فالمانع له من البيع بالنفقة عندهما أو بالدين عند الكل أقول لا اشكال أصلا لان ههنا مقدمتين احداهما ان للاب حال غيبة ابنه ولاية الحفظ والثانية ان بيع المنقول من باب الحفظ ولا يلزم من كون الاولى اجماعية كون الثانية كذلك فالمانع من البيع بالنفقة عندهما كونه منافيا للحفظ وأما المانع من البيع بالدين فهو ان ثبوت الدين يحتاج الى القضاء يعنى والقضاء على الغائب لا يجوز بخلاف نفقة الولاد درر وتعقبه عزمى زاده بان احتياج ثبوت الدين الى القضاء لا يكون وجها للفرق فانه اذا كان الدين مثبتا ومقضيا به على الابن قبل غيبته فالظاهر ان المسئلة أيضا بحالها انتهى وأشار بقوله للنفقة الى انه لا يجوز بيعه الا بقدر ما يحتاج اليه من النفقة ولا يجوز له ان يبيع الزيادة على ذلك بحر عن غاية البيان واعلم ان المتن الذى شرح عليه صاحب البحر وقع التعبير فيه بالنفقة فلهذا قال وانما قال المصنف للنفقة ولم يقل لنفقته للاشارة الى انه يبيع لنفقته ونفقة ام الغائب وان كانت الام لا تملك البيع قال فى الذخيرة الظاهر ان الاب يملك البيع والام لا تملك ولكن بعدما باع الاب فالثمن يصرف اليهما فى نفقتهما انتهى (قوله الا اذا كان الولد الغائب صغيرا) وكذا المجنون اتفاقا نهر (قوله فانه يصح بيع العقار أيضا) كما لو كان الصغير حاضرا (قوله وعند أبى يوسف ومحمد لا يجوز ذلك كله) وهو القياس اذ لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ ولهذا لا يملك حال حضرته ولا يملك البيع فى دين سوى النفقة وجه الاستحسان ما ذكرنا من ان له ولاية الحفظ فى مال ولده الغائب اذ للوصى ذلك فالاب أولى لوفور شفقته وبيع المنقول من باب الحفظ اذ يخشى عليه التلف ولا كذلك العقار لانه محفوظ بنفسه وبخلاف غير الاب من الاقارب اذ لا ولاية لهم أصلا فى التصرف حال الصغر ليبقى أثرها بعد البلوغ ولا فى الحفظ بعد الكبر بخلاف الاب واذا جاز بيعه فالثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه درر وأنث الضمير فى قوله ولا كذلك العقار لانها محفوظة بنفسها باعتبار البقعة (قوله لا يجوز ذلك كله) أى لا بيع العرض ولا العقار على الكبير شيخنا (قوله بلا أمر) قال فى الكافى لو انفق مديون أو مودع نفقة هؤلاء بغير أمر القاضى ضمن المودع ولا يبرأ المديون ولكن لا يرجع على من انفق عليه انتهى (قوله ضمن) أى قضاء وكذا من عنده ماله كالمضارب والمديون

لو) كان (موسرا) حتى لو كان رجل معسر عاجز عن الكسب وله أخ وأخت موسران تجب نفقته على الاخ والاخت اثلاثا وقال ابن أبى ليلى تجب النفقة على كل وارث محرما كان أولا وقال الشافعى لا تجب النفقة على غير الوالدين والمولودين (وصح) للوالد (بيع عرض ابنه) الغائب (لا) بيع (عقاره لنفقته) الا اذا كان الولد الغائب صغيرا فانه يصح بيع العقار أيضا وعند أبى يوسف ومحمد لا يجوز ذلك كله وهذا الخلاف فى الاب أما بيع غير الاب فلا يصح اجماعا وفى حال حضرة من تجب عليه النفقة ليس لاحد ممن يستحق النفقة بيع العرض والعقار اجماعا (ولو أنفق مودعه على أبويه) وزوجته وولده (بلا أمر ضمن) وهو نكرة فى موضع النفى فيعم أمر القاضى وأمر الغائب

نهر عن الولوالجية ولا رجوع للمودع ونحوه عليهما لانه بالضمان ملكه مستندا الى وقت التعدى وهذا أى الضمان اذا كان يمكن استطلاع رأى القاضى ولو لم يمكن لا يضمن استحسانا وعلى هذا بيع بعض الرفقة متاع بعضهم لتجهيزه وكذا لو أغمى عليه فانفقوا عليه من ماله لم يضمنوا استحسانا زيلعى والتقييد بالضمان قضاء لنفى ضمانه فيما بينه وبين الله تعالى حتى لو مات الابن الغائب له ان يحلف لورثته انهم ليس لهم حق عليه شرنبلالية عن الفتح وينبغى انه لو انحصر ارثه فى المدفوع اليه كالاب مثلا فلا ضمان كما لو اطعم المغصوب للمالك بغير علمه لانه وصل اليه عين ما يستحقه نهر (قوله حتى لو أنفق بأمر أحدهما لا يضمن) وكذا صرح الزيلعى والعينى بأنه اذا أنفق بأمر القاضى لم يضمن معللا بأن القاضى ملزم لولايته عليه ومنه تعلم سقوط ما نقله السيد الحموى عن المقدسى من ان قوله بلا أمر ان أراد به الاحتراز عما لو كان بأمر القاضى فظاهره انه لا يضمن وهو مشكل بل ليس للقاضى الامر فلو أمر لم يفد انتهى (قوله لا يضمنون) لوجوب نفقة الولاد والزوجة قبل القضاء حتى لو ظفر بجنس حقه فله أخذه ولهذا فرضت فى مال الغائب بخلاف نفقة الاقارب ولو قال الابن أنفقته وأنت موسر وكذبه الاب حكم الحال يوم الخصومة ولو برهنا فبينة الابن در عن الخلاصة (قوله سقطت) أى النفقة لان وجوبها باعتبار الحاجة وقد وقعت الغنية عن الماضى بخلاف نفقة الزوجة لانها للاحتباس ولهذا تجب مع يسارها وعلى هذا لو سرقت النفقة المعجلة أو الكسوة يفرض لذوى الارحام مرة بعد أخرى الى ما لا يتناهى لتحقق الحاجة ولا يفرض للزوجة شئ لعدم اعتبار الحاجة فى حقها وبعكسه لو بقيت النفقة المفروضة فى يده بعد المدة يفرض للزوجات ولا يفرض لذوى الارحام وعلى هذا اذا أسلفها نفقة مدة ثم مات أحدهما قبل المدة يسترد فى الزوجات عند محمد دون الاقارب وفى الحاوى نفقة الصغير تصير دينا بالقضاء دون غيره عينى فعلى هذا نفقة الصغير تكون مستثناة من السقوط نهر وغيره (قوله فاستدان عليه) أشار به الى أن مجرد اذن القاضى بالاستدانة لا يكفى بل لا بد من الاستدانة بعده بالفعل قال فى النهر حتى لو انفق من ماله أو من صدقة تصدق بها عليه فلا رجوع له لعدم الحاجة كذا فى المبسوط وما فى البحر من تقييده بالانفاق مما استدانه وعزاه الى النهاية وغيرها ففيه نظر اذ لا أثر لانفاقه مما استدانه حتى لو انفق بعدما استدان من مال آخر وفى مما استدانه لم تسقط أيضا انتهى ولو مات الاب بعد الاستدانة فالنفقة دين فى تركته فى الصحيح تنويرتبعا للبحر ثم نقل فى البحر عن البزازية تصحيح ما يخالفه ونقله فى المنح عن الخلاصة قائلا ولو لم يرجع حتى مات لم يأخذها من تركته هو الصحيح در (قوله فحينئذ تصير دينا فى ذمته) لان للقاضى ولاية عامة فصار اذنه كامر الغائب فلا تسقط بمضى المدة زيلعى وفى البدائع لو امتنع عن نفقة القريب المحرم يضرب ولا يحبس بخلاف الممتنع من سائر الحقوق لانه لا يمكن استدراك هذا الحق بالحبس لانه يفوت بمضى الزمان فيستدرك بالضرب بخلاف سائر الحقوق انتهى وينبغى ان يقيد بما زاد على الشهر أما الشهر وما دونه فيحبس عليه لعدم سقوطه نهر (قوله ولمملوكه) منفعة أعم من ان تكون الرقبة له أولا فلا تجب للمكاتب ووجبت للمدبر وأم الولد وللموصى بخدمته على الموصى له بها الا اذا مرض مرضا يمنعه من الخدمة أو كان صغيرا لا يقدر على الخدمة فنفقته على الموصى له بالرقبة حتى يصح ويبلغ الخدمة وللقاضى ان يبيع المريض ويشترى بثمنه عبدا يقوم مقام الاول فى الخدمة ولو اوصى بجارية لانسان وبما فى بطنها لآخر فالنفقة على من له الجارية ومثله لو أوصى بدار لرجل وسكناها لآخر فالنفقة على صاحب السكنى وقالوا انها على الراهن والمودع فلو غاب فجاء المودع وطلب من القاضى ان يأمره بالنفقة أو بالبيع أمره ان يؤاجره وينفق عليه من الاجرة وان رأى القاضى بيعه فعل ونقلوا فى آخذ الآبق اذا طلب من القاضى ذلك فان رأى الانفاق أصلح أمره وان خاف ان تأكله النفقة أمره بالبيع وما فى النهر بحثا من ان أمره بالاجارة أصلح ولم يذكروه جوابه انه منع من ذلك خوف اباقه ثانيا واذا علمت ان صاحب النهر انما ذكر ذلك بحثا وقد عرفت جوابه فما كان ينبغى لصاحب الدر جزمه به لايهامه انه منقول

حتى لو أنفق بأمر أحدهما لا يضمن (ولو أنفقا ما عندهما) أو أنفق ولده وزوجته ما عندهما من مال الابن الغائب أو الاب أو الزوج وهو من جنس حقوقهم (لا) يضمنون (فلو قضى) القاضى (بنفقة الولاد والقريب ومضت) مدة طويلة (سقطت الا ان يأذن القاضى بالاستدانة) فاستدان عليه فحينئذ تصير دينا فى ذمته ولا تسقط بمضى المدة وذكر فى زكاة الجامع ان نفقة المحرم تصير دينا بقضاء القاضى وذكر فى كتاب النكاح انها لا تصير دينا بالقضاء وتسقط بمضى المدة فحمل بعضهم المذكور فى الجامع على ما اذا قصرت المدة والمذكور فى النكاح على ما اذا طالت المدة فنفقة الاقارب لا تصير دينا بالقضاء ان طالت المدة أما اذا قصرت تصير دينا والفاصل بين القليل والكثير الشهر وانما قيد بنفقة الولاد والقريب لان نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضى لا تسقط طالت بها المدة أو قصرت كما تقدم فى صدر الباب (و) تجب النفقة على المولى (لمملوكه) مطلقا سواء كان المولى أو العبد أو الامة صغيرا أو كبيرا (فان أبى) المولى الانفاق عليه وكان له كسب

المذهب وأما المغصوب فنفقته على الغاصب ولو طلب من القاضى أمره بالانفاق لم يجبه وفى القنية نفقة المبيع على البائع مادام فى يده هو الصحيح وفيه اشكال اذ لاملك له لارقبة ولامنفعة فينبغى ان تكون على المشترى وتكون تابعة للملك كالمرهون كما بحثه بعضهم نهر وقيل تستدان نفقته فيرجع على من يصير له الملك حموى عن البرجندى والنفقة على الآجر والراهن والمستعير واما كسوته فعلى المعير در (قوله ففى كسبه) ولو نهاه المولى عن الكسب كان له ان يتناول بقدرها من ماله كالعاجز نهر (قوله بأن كان عبدا زمنا) فيه ايماء الى ان الصحيح الذى لا يعرف حرفة لا يكون عاجزا اذ يمكن ان يؤجر نفسه فى الفاعل نهر عن الفتح (قوله أو أمة لا يؤجر مثلها) خشية الفتنة كما فى الفتح والبرهان وغيرهما كالعينى قال فى الشرنبلالية فعلم ان الانوثة هنا ليست أمارة العجز بخلافه فى ذوى الارحام انتهى لكن نقل البرجندى عن الملتقط مامقتضاه كون الانوثة أمارة العجز حتى فى الاماء ونصه للجارية ان تنفق من مال مولاها على نفسها لانها ليست من أهل الكسب بخلاف العبد انتهى (قوله واجبر) أى عليه وكان الاولى فى المزج ان يقول أمر اجبار حموى (قوله ببيعه) فان قلت أى فرق بين العبد والزوجة فالزوجة لاتفرق من زوجها بعدم النفقة وعللوه بأن فيه ابطال الملك مع ان الملك فى العبد يبطل ببيعه قلت الفرق ان الثمن يقوم مقامه والابطال الى خلف كلا ابطال بخلاف الزوجة لانه ابطال لا الى خلف فلا يصار اليه بل يقال لها استدينى كيلا يبطل حقها أما المملوك فلا يؤمر بالاستدانة لانه لا يجب له دين على مولاه بل يجبر على بيعه لكونه من اهل الاستحقاق زيلعى وقالا يبيعه القاضى وبه يفتى در هذا اذا كان قابلا للبيع فان لم يكن قابلا كالمدبر وأم الولد اجبر على الانفاق لاغير نهر وتسقط نفقته بعتقه ولو زمنا وتلزم بيت المال در عن الخلاصة ولا يؤمر بشئ فى حق المكاتب لانه كالحر اذ هو خارج عن ملك المولى يدا زيلعى وهذا اذا كاتبه على مال وان كاتبه على خدمته فهو كالرقيق اذ لا يد له أصلا درر ومقتضى هذا التعليل جواز بيعه مطلقا ولو بدون رضاه بخلاف المكاتب على مال (قوله بخلاف الدواب حيث لا يجبر المالك على نفقتها او بيعها) لان فيه نوع قضاء وهو يعتمد المقضى له وأهلية الاستحقاق فى المقضى وليس فليس نهر (قوله بل يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى) لنهيه عليه السلام عن تعذيب الحيوان وعن اضاعة المال وفى غير الحيوان كالاشجار يكره له ان لا ينفق عليه ولا يفتى زيلعى عن النهاية وكلامه فى الدر المختار يقتضى انه ان كان له شريك فى الاشجار يجبر على النفقة ونصه ولا يجبر فى غير الحيوان وان كره تضييع المال مالم يكن له شريك انتهى (قوله وعن أبى يوسف أنه يجبر على الانفاق على البهائم) قال الطحاوى وبه نأخذ وفى الفتح وهو الحق وغاية مافيه ان يتصور فيه دعوى حسبة فيجبره القاضى على ترك الواجب ولا بدع فيه نهر وقوله على ترك الواجب أى على تدارك تركه شيخنا (فرع) امتنع الشريك من الانفاق على الدابة المشتركة اجبره القاضى لئلا يتضرر شريكه جوهرة وفى الجواهر ان كان العبد مشتركا فامتنع أحدهما أنفق ورجع عليه ونقل المصنف تبعا للبحر عن الخلاصة انه ان أنفق الشريك على العبد فى غيبة شريكه بلا اذن الشريك او القاضى فهو متطوع وكذا النخل والزرع والوديعة واللقطة والدار المشتركة اذا استرمت در فما فى الجواهر مخالف لما فى الخلاصة حيث لم يشترط للرجوع اذن الشريك أو القاضى فيحمل على عدم التمكن من استئذان القاضى فتزول المخالفة

(كتاب الاعتاق)

اعلم ان الاسقاطات أنواع ميزت باسماء لينسب اليها اختصارا فسمى اسقاط منافع البضع بالطلاق وملك رقبة بالاعتاق ومافى الذمة بالابراء وملك القصاص بالعفو وعبر القدورى بالعتاق لينتظم ملك ذى الرحم محرم والاستيلاد وقد يقال انه الاصل فلهذا عنونوا به نهر لكن الذى بخطه وعبر صاحب الهداية الخ

(ففى كسبه) اى فنفقته فى كسبه (والا) أى وان لم يكن للمملوك كسب بأن كان عبدا زمنا أو أمة لا يؤجر مثلها (أمر) المولى واجبر (ببيعه) بخلاف الدواب حيث لا يجبر المالك على نفقتها وبيعها ان امتنع من الانفاق بل يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى وعن أبى يوسف انه يجبر على الانفاق على البهائم أيضا وهو قول الشافعى والاصح الاول

(كتاب الاعتاق)

ولا تنافى بينهما لوقوع التعبير بالعتاق فى كل من القدورى والهداية (قوله كما ان الطلاق رفعه) ولان كلا منهما لا يقبل الفسخ غير انه قدم الطلاق وان كان غير مندوب اليه على العتق المندوب اليه وصلاته بما قبله وهو النكاح نهر واعلم ان هذا باطلاقه مقتض لمشروعية العتق حتى فى حق الصبى خلافا لبعض المشايخ قال السرخسى مازعمه بعضهم من ان العتاق غير مشروع فى حق الصبى وهم بل هو ثابت فى حقه أيضا اذا احتيج اليه كما اذا كاتب الاب نصيب ابنه من عبد مشترك واستوفى بدل الكتابة ضمن الصبى قيمة نصيب شريكه ان كان موسرا وهذا الضمان لا يجب الا بالاعتاق حموى عن البرجندى (تتمة) نقل شيخنا عن ألغاز ابن العز مانصه

وما سيد قد صار ملكا لعبده * وتم بلا ريب فهذا جوابه

وهو انه عبد مسلم استولى على مولاه الحربى يعتق ويصير مولاه ملكا له انتهى (قوله وهو عبارة عن القوة) أى العتق المفهوم من الاعتاق لغة عبارة عن القوة أى مستلزم لها لا انه موضوع لها بدليل انهم لم يقولوا عتق العبد اذا قوى وانما قالوا عتق الطائر اذا قوى على الطيران وفى المغرب انه الخروج عن المملوكية حموى ومن هنا يعلم سقوط ما اعترض به فى البحر من ان أهل اللغة لم يقولوا عتق العبد اذا قوى لان أهل اللغة وان لم يصرحوا بذلك الا ان فى كلامهم مايفيده لقولهم الرق ضعف ولا شك ان ازالته تستلزم القوة نوح افندى (قوله هو اثبات القوة الشرعية) هذا التعريف على مذهبهما وعند الامام اثبات الفعل المفضى الى حصول العتق فلهذا يتجزأ عنده لا عندهما عينى واعلم أنه فى الدرر عرف الاعتاق أولا بانه اثبات القوة الشرعية لا مطلقا بل بازالة الملك ثم عرفه ثانيا بانه ازالة الملك مطلقا أى غير مقيد بكونه ملكه ويلزمه اثبات القوة الشرعية انتهى أى يلزم قوله الاعتاق ازالة الملك مطلقا اثبات القوة الشرعية فتوهم فى الشرنبلالية ان المجموع تعريف واحد فلهذا قال قوله وازالة الملك ذكره شرحا وتوطئة لقوله مطلقا والا فهو مستغنى عنه بقوله قبله بازالة الملك انتهى والذى اوقعه فى هذا الايهام ماوقع له فى نسخته من قوله وازالة الملك معلما بعلامة الشارح بالواو لا بأو وليس كذلك ولهذا قال شيخنا والذى وقفت عليه فى نسخة معتمدة أو ازالة الملك معلما بعلامة المتن بأو الفاصلة فيكون تعريفا آخر جاريا على مذهب الامام بخلاف الاول فكان فى الجمع بينهما اشارة الى الخلاف ويؤيده ماوجدته ببعض النسخ من المناهى ونصه قوله أو ازالة الملك مطلقا بالرفع عطفا على قوله اثبات القوة الشرعية انتهى ويدل على ان قوله او ازالة الملك من المتن قوله بعده فى الشرح ويلزمه أى ازالة الملك اثبات القوة الشرعية قال شيخنا ثم رأيت الموافقة للمولى الوانى واعلم ان الضمير فى قول الدرر ويلزمه يرجع لتعريف الاعتاق شرعا باحد التعريفين اللذين ذكرهما وكذا الضمير فى به من قوله وحاصله جعله غير مملوك لاحد فيخرج به البيع والهبة كذا يستفاد من عبارة شيخنا ونصها قوله ويلزمه اى تعريف الاعتاق شرعا باحد المعرفين اثبات القوة الشرعية ويخرج بكل منهما البيع والهبة اما على الثانى فظاهر واما على الاول فلانه يلزم من ازالة الملك اذا أريد به الرق مساواته للثانى فى خروجهما الخ بقى ان يقال فى الاطلاق الذى ذكره فى جانب التعريف الثانى المفسر بقوله اى غير مقيد بكونه ملكه نظر ظاهر اصدقه حينئذ بازالة الملك الكائن ضمن بيعه أو هبته فالصواب حذف الاطلاق والتقييد بقوله لا الى مالك (قوله عند زوال الرق) ظرف لقوله اثبات القوة الخ قال السيد الحموى وفيه ان الرق يزول باثبات القوة وحينئذ فلا معنى لاثبات القوة عند زوال الرق انتهى (قوله وهو عجز حكمى) ومافى الدرر حيث عرف الاعتاق بانه اثبات القوة الشرعية بازالة الملك الذى هو ضعف حكمى نظر فيه فى الشرنبلالية بان الضعف الحكمى انما هو الرق الذى هو سبب للملك وأجاب شيخنا بانه من المجاز عبر بالملك عن الرق لان الملك لازم له (قوله والملك فى المملوك) جعله السيد الحموى معطوفا على التصرفات ولا يتعين اذ يحتمل كونه معطوفا على قوله وهو أى الرق عجز حكمى اعلم ان سبب العتق المثبت له اما دعوى النسب أو الملك فى القريب أو الاقرار بحرية عبد غيره أو

المناسبة ان الاعتاق رفع القيد كما ان الطلاق رفعه وهو عبارة عن القوة يقال عتق الطائر اذا قوى وطار عن وكره وفى الشرع (هو اثبات القوة الشرعية) التى بها يصير اهلا للشهادات والولايات (فى المملوك) عند زوال الرق وهو عجز حكمى لا يقدر به على التصرفات والولايات والملك فى المملوك

الدخول فى دار الحرب فان الحربى لو اشترى عبدا مسلما فدخل به دار الحرب عتق عند الامام وكذا الوهرب
منه الى دار الاسلام أو اللفظ الانشائى الدال عليه وهو ركنه وصفته واجب وهو الاعتاق عن الكفارات
ومندوب وهو الاعتاق لوجه الله تعالى لما جاء فى الكتب الستة من أعتق رقبة مؤمنة اعتق الله بكل
عضو منها عضوا من اعضائه من النار ومن هنا قال المشايخ يندب ان يعتق الرجل الرجل والمرأة المرأة
وهل تشترط الصيغة لتحصيل المندوب عملا بظاهر قوله اعتق أوانه يحصل ولو بالتدبير أو شراء القريب
والظاهر أنه يحصل بهما ومباح وهو الاعتاق بلا نية وحرام وهو الاعتاق للشيطان او للصنم وكذا لو غلب
على ظنه انه يذهب الى دار الحرب أو يرتد او يخاف منه السرقة او قطع الطريق وحكمه زوال الملك نهر
وسيأتى انه بالعتق للصنم يكفر عند قصد التعظيم (قوله ويصح من حر مكلف) وان لم يكن عالما بانه مملوكه
حتى لو قال الغاصب للمالك اعتق هذا العبد فاعتقه وهو لا يعلم انه عبده عتق ولا يرجع على الغاصب
بشئ او قال البائع للمشترى أعتق عبدى هذا وأشار الى المبيع فاعتقه المشترى ولم يعلم انه عبده صح اعتاقه
ونجعله قبضا ويلزمه الثمن ولا قاصدا فيصح عتق المخطئ ويصح عتق المريض ان خرج من الثلث بحر
ولا حاجة الى ماذكره بعضهم من زيادة قوله ولو سكران أو مكرها التصريح المتن به فيما سيأتى وأما المديون
فان كان فى صحته نفذ وان كان فى المرض لا ينفذ الا باجازة الداينين حيث كان الدين محيطا بماله ذكره
شيخنا حين سئل عن رجل أحاط الدين بماله فاعتق عبدا هل يصح فاجاب بان اعتاقه حال صحته نافذ
اتفاقا ولو بعد الحجر عليه بسبب الدين على قول الصاحبين وفى مرض موته فدينه المحيط بتركته مانع
من نفوذ اعتاقه الا باجازة الداينين انتهى قلت وكما لا ينفذ عتق المديون حيث كان فى المرض فكذا وقف
المديون ولو فى الصحة أخذا من جواب المولى ابى السعود حيث اطلق فى ذلك وكذا لا يشترط لنقض وقف
المديون كون الدين محيطا كذا يستفاد من جوابه فينتقض من الوقف بقدر الدين ومافى النهر تفريعا
على أنه لا يشترط كونه عالما بانه مملوكه من قوله حتى لو قال الغاصب للمشترى أعتق هذا العبد الخ مخالف
لما فى البحر حيث عبر بالمالك دون المشترى وهو أولى لشموله (قوله مكلف) وكذا يشترطان لا يكون
شاكا فى ثبوت الاعتاق فان كان شاكا فيه لا يحكم بثبوته بحر عن البدائع (فرع) قال الولوالجى رجل
اعتق عبده وله مال فماله للسيد الا ثوبا يواريه حموى (قوله عاقل بالغ) خرج به الصبى والمجنون والمعتوه
والمدهوش والمبرسم والمغمى عليه والنائم فانه لا يصح ولو اسنده الى حالة من هذه الاحوال او الى دار الحرب
وقد علم ذلك فالقول له لانه اسنده الى زمان لا يتصور فيه نهر (قوله سواء كان كافرا) لانه ليس بعبادة
وضعا ولهذا لم يتوقف على النية حموى اطلق فى الكافر وهو مقيد بما اذا كان فى دار الاسلام درر فلو ملك
قريبا محرما حربيا بدار الحرب فانه لا يعتق عندهما خلافا لابى يوسف ولو ملك قريبه الذمى أو المسلم بدار
الحرب عتق بالاجماع شرنبلالية (قوله لمملوكه) ولو باضافته اليه كان ملكتك أو الى سببه كان اشتريتك
فانت حر بخلاف ان مات مورثى فانت حر لا يصح لان الموت ليس سببا للملك ومن لطائف التعليق قوله لامته
ان مات أبى فانت حرة فباعها الابيه ثم نكحها فقال ان مات ابى فانت طالق ثنتين فمات الاب لم تطلق ولم
تعتق وكانه لان الملك ثبت مقارنا لهما بالموت درر وخرج بقوله لمملوكه اعتاق غير المملوك ومنه اعتاق الحمل
اذا ولدته لاكثر من ستة أشهر ولا يرد عتق الفضولى المجاز كما توهمه فى البحر لان الاجازة اللاحقة كالوكالة
السابقة نهر (قوله بأنت حر) بدأ بالصريح من الفاظه لانه الاصل ثم بدأ منها بالوصف لكثرة استعماله
ونبه بذلك على انه لو قيل له اعتقت هذا العبد فاومأ برأسه أى نعم لا يعتق كما فى المحيط ومافى النهر من قوله
ان نعم غير مناسب والمناسب أى نعم كما ذكرنا ولو زاد من هذا العمل يعنى على قوله انت حر عتق قضاء كذا
فى البدائع وفى الخانية لو قال لامته انت حرا ولعبده أنت حرة عتق وفى البزازية أنت حر النفس ونوى به كرم
الاخلاق عتق وان زاد فى اخلاقك لا يعتق وفى البدائع وغيرها دعا عبده سالما فاجابه آخر فقال انت حر
ولا نية له عتق المجيب ولو قال عنيت سالما عتقا فى القضاء ولو قال يا سالم أنت حر فاذا هو عبد آخر عتق سالم

نهر

(ويصح) الاعتاق (من حر مكلف) عاقل بالغ مطلقا سواء كان كافرا أو مسلما (لمملوكه بانت حر

نهر ومن الصريح وهبتك أو بعتك نفسك أو تصدقت بنفسك عليك فيعتق مطلقا وان لم ينو ولم يقبل
العبد ولا يرتد بالرد ولو زاد بكذا توقف على القبول در عن الفتح وفيه عن الجوهرة قال لمن لا يحسن العربية
قل لعبدك أنت حر فقال له عتق قضاء (قوله أو بما يعبر به عن البدن) لم يقل كما فى الطلاق أو بجزء شائع
للفرق البين بينهما وهو ان هذا مما يتجزأ كما سيأتى بخلاف الطلاق فلو قال سهم منك حر عتق السدس ولو
قال جزء او شئ منك حر اعتق المولى ما شاء نهر عن الخانية (قوله كالرأس والوجه) كان قال رأسك
أو وجهك حر اما لو قال رأسك رأس حر او وجهك وجه حر بالاضافة فانه لا يعتق وبالتنوين عتق لانه
وصف لا تشبيه در (قوله والعنق) يعنى فى احدى الروايتين كما سيأتى (قوله والفرج ان كان أمة) وفى
قوله لعبده فرجك حر خلاف قيل يعتق وعن محمد لا يعتق لانه لا يعبر به عنه بخلاف الذكر فى ظاهر الرواية
كذا فى الخانية وفى الفتح الاولى ثبوت العتق فيه لانه يقال فى العرف هو ذكر من الذكور وفلان فحل ذكر
وهو ذكر وفيه فى لسانك حر يعتق لانه يقال هو لسان القوم وفى الدم أو العنق روايتان والاصح فى الدبر
والاست انه لا يعتق ولو قال فرجك على حرام ينوى العتق لا تعتق لان حرمة الفرج مع الرق يجتمعان كذا
فى الفتح وينبغى ان يكون كناية لجواز ان تكون الحرمة للعتق فاذا نواه تعين نهر قال فى البحر وسيأتى
فى الايمان انه ان وطئها لزمه كفارة يمين (قوله وكذا الدبر) هذا هو الاصح كما سبق عن النهر (قوله وبانت
عتيق) قيد بذكر المبتدا لانه لو اقتصر على الخبر كان كناية قال فى الخانية لو قال حر فقيل من عنيت فقال
عبدى عتق وكذا لو قال أنت عتيق فلان بخلاف أعتقك فلان كذا فى المجتبى وكان وجهه انه فى الاول
اعترف بالقوة الحاصلة بالعتق فيه وفى الثانى انما أخبر بأن فلانا أوجد الصيغة نهر (قوله وأعتقتك) كذا
أعتقك الله على الاصح والعتاق عليك وعتقك على ولو زاد واجب لم يعتق لجواز وجوبه بكفارة أو نذر
شرنبلالية عن الفتح (قوله نواه أولا) لانه صريح (قوله وبلا ملك لى الخ) شروع فى الكنايات لان نفى
الملك والرق جاز ان يكون بالبيع كما جاز ان يكون بالعتق فلابد من النية نهر وفيه عن المحيط تهجى
اعتاق عبده أو تطليق زوجته ونوى به العتق والطلاق وقع انتهى وفى الخلاصة قال لعبده أنت غير مملوك
لا يعتق بل تثبت له أحكام الاحرار حتى يقربانه مملوكه ويصدقه فيملكه وكذا ليس هذا بعبدى لا يعتق
وقاس عليه فى البحر لا ملك لى عليك لكن نازعه فى النهر در (قوله ان نوى) ثبت فى الاصول ان الشرط
فى الكناية النية أو ما يقوم مقامها من دلالة الحال ليزول ما فيها من الاشتباه ولهذا لا يحتاج فى بعض
كنايات الطلاق عند الغضب أو عند مذاكرة الطلاق الى النية فينبغى ان يكون فى العتاق كذلك حموى
عن البرجندى (قوله بخلاف طلقتك) لما سبق ان الطلاق يقع بلفظ العتق بلا عكس درر وكذا لا يقع
بكنايات الطلاق وان نوى لهذا الوجه انتهى الا فى أمرك بيدك أو اختارى فانه عتق مع النية تنوير
ويتوقف على النية فى المجلس ولا عتق بنحو أنت على حرام وان نوى لكن يكفر بوطئها در (قوله ويصح
بهذا ابنى الخ) غيرانه ان كان مجهول النسب ويولد مثله لمثله أشبهه أولا ثبت النسب أيضا اجماعا ولو قال
هذا ابنى من الزنا يعتق ولا يثبت نسبه قاله الشمنى وهل يشترط تصديقه فيما سوى دعوة البنوة قولان
ولا تصير أمه أم ولد ولو قال هذا أخى لم يعتق فى ظاهر الرواية الا ان ينوى به الاخ من النسب لان الاخ كما
يقال على النسبى يقال أيضا على الاخ فى الدين وفى هذا خالى أو عمى عتق نهر ودر (قوله وسواء كان
معروف النسب الخ) فلوا كذب نفسه فى هذا ابنى يثبت العتق ان لم يكن له نسب معروف حموى عن
البرجندى أن لم يعرف نسبه فى البلدة التى هو فيها على ما رجحه العلامة الوانى فيوافق ماذكره فى الدرر
أولا عن القنية خلافا لما ذكره ثانيا من انه الذى لا يعرف نسبه فى مولده ومسقط رأسه الخ فقد قال
فى رده انه قيد زائد على ما يفهم من عبارة الهداية وقاضيخان وسائر المعتبرات فان المفهوم منها مجهولية
النسب فى وطن المقر وهو أوفق الخ (قوله فى قول أبى حنيفة الاخير) متعلق بقوله مطلقا وليس من
مدخول قوله ولكن كما توهم شيخنا عن بعض الافاضل فلو قدمه على قوله ولكن فى معروف النسب

كالرأس) أو بما يعبر به عن البدن) والوجه والعنق والفرج ان كان أمة وانما قيد بالبدن لانه لو اضافه الى العضو الذى لا يعبر به عن البدن كاليد والرجل لا يعتق عندنا خلافا للشافعى وكذا الدبر لانه لا يعبر به عن البدن (و) بانت (عتيق ومعتق ومحرر وحررتك وأعتقتك) فيعتق بهذه الالفاظ سواء (نواه) أى الاعتاق (أولا) (و) يصح (بلا ملك) لى (ولا رق) لى (ولا سبيل لى عليك) هو متعلق بالجميع (ان نوى) العتق والا لا وكذا خليت سبيلك وعن ابى يوسف انه لو قال أطلقتك ونوى العتق عتق بخلاف طلقتك (و) يصح (بهذا ابنى أو هذا (أبى أو) هذه (أمى) مطلقا سواء كان يولد مثله لمثله أولا وسواء كان معروف النسب أو مجهول النسب ولكن فى معروف النسب لا يثبت النسب منه فى قول أبى حنيفة الاخير

الخ لكان أولى والحاصل انه يعتق بهذا ابنى عند الامام مطلقا وأما ثبوت نسبه منه فشرطه شيئان ان يكون يولد مثله لمثله وان لا يكون ثابت النسب من غيره زيلعى وجعل العينى الشروط ثلاثة ان يكون المولى أكبر منه و يولد مثله لمثله ولم يكن ثابت النسب من غيره والتحقيق ان الشرط شيئان فقط لان الثانى يغنى عن الاول ثم ماذكره العينى من قوله فبهذه الشروط الثلاثة يعتق عند أبى حنيفة الخ فيه خلل ظاهر وسببه انه سقط من قلمه ذكر محترز تلك الشروط وهى ما اذا كان لا يولد مثله لمثله أو كان معروف النسب وصواب العبارة هكذا فبهذه الشروط الثلاثة يعتق و يثبت نسبه اجماعا وان كان لا يولد مثله لمثله أو كان ثابت النسب من غيره يعتق عند أبى حنيفة ولا يثبت نسبه وعندهما لا يعتق يدلك على هذا ماذكره من التعليل (قوله بلا نية) متعلق بيصح المقدر وكان ينبغى تقديمه لما فى تأخيره من الايهام حموى (قوله وهو قول الشافعى) لانه محال فيرد كما لو قال أعتقتك قبل ان أخلق ولابى حنيفة انه صحيح بمجازه وان كان مستحيلا بحقيقته لكونه اخبارا عن حريته فيصار اليه كمن حلف لا يأكل من هذه النخلة ينصرف الى ما يخرج منها لاستحالة أكلها وهذا الخلاف مبنى على ان المجاز خلف عن الحقيقة فى الحكم عندهما ومن شرطه ان ينعقد السبب فى الاصل على الاحتمال ثم يمتنع وجوده لعارض فيخلفه غيره مجازا كما لو كان فى مسئلتنا غير مستحيل بأن كان يولد مثله لمثله وهو معروف النسب فانه لولا ثبوته من غيره لثبت منه فيخلفه لازمه وهو الحرية وعنده المجاز خلف عن الحقيقة فى التكلم بمعنى ان التكلم بكلام وارادة ما وضع له أصل والتكلم بذلك الكلام وارادة غيره مجاز خلف عن الاصل وشرطه ان يكون الاصل وهو التكلم به صالحا بأن يكون مبتدأ وخبرا حتى يكون عاملا فى ايجاب الحكم الذى يقبله المحل بطريق المجاز ولا معنى لما قالا لان المجاز مأخوذ من جاز يجوز اذا انتقل والانتقال من أوصاف الالفاظ فان اللفظ هو الذى ينتقل من الموضوع له الى غيره فأما المعانى فلا يمكن نقلها زيلعى فكلام الزيلعى صريح فى ترجيح مذهب الامام (قوله ولو قال للصغير هذا جدى الى قوله وقيل لا يعتق اجماعا) لانه لا موجب له فى الملك الا بواسطة وهو الاب وهى غير ثابتة بكلامه فتعذر ان يجعل مجازا عن الموجب بخلاف البنوة والابوة فى قوله هذا ابنى أو أبى لان لهما موجبا فى الملك من غير واسطة زيلعى (قوله أى يصح بهذا مولاى) لانه لما التحق بالصريح كان كقوله يا حر قيد بالمولى لانه لو قال يا سيدى او يا مالكى لم يعتق على الاصح لانه يراد به التعظيم الا بالنية والمختار فى قوله أنا عبدك عدم العتق وبذلك اجاب الصفار حين سئل عن جارية جاءت بسراج لمولاها فقال ما أفعل بالسراج يا من وجهك أضوأ من السراج يا من أنا عبدك لان هذه كلمة تلطف وفى المحيط عبد قدم على مولاه فقال المولى أى حر قدم علينا لا يعتق لانه يراد به التحقير حموى فما فى النهر من ذكر التحقيق بدل التحقير تحريف من الناسخ (قوله أو يا حر أو يا عتيق) لانه ناداه بما هو صريح فى الدلالة الا اذا سماه بذلك لان مراده الاعلام باسم علمه وشرط فى الخانية الاشهاد على ذلك ولو ناداه بالفارسية وقد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه لانه ليس نداء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف هداية ومحصله انه ناداه باسم مرادفه وفى المبسوط لو جعل اسم عبده حرا وكان ذلك معروفا عند الناس وناداه به فقال يا حر لم يعتق وان لم يكن معروفا عتق فى القضاء وكذا لو سماها بطالق كما فى أكثر الكتب وقيل انه يقع نهر (قوله وقال زفر لا يصح الاعتاق بقوله يا مولاى الا بالنية) لانه يراد به الاكرام عادة لا التحقيق كقوله يا سيدى يا مالكى قلنا الكلام محمول على حقيقته ما أمكن وحقيقته ان يكون له عليه ولاء لتعين الاسفل لان اسم المولى وان كان يطلق و يراد به الناصر كما فى قوله تعالى ذلك بأن الله مولى الذين آمنوا وان الكافرين لا مولى لهم وكذا يطلق و يراد به الاعلى أيضا كالاسفل لكن الاسفل متعين لاستحالة غيره لان المولى لا ينتصر بمملوكه واضافته الى العبد تنافى كونه المولى الاعلى فتعين المولى الادنى ضرورة تصحيحا لكلامه زيلعى (قوله ولم يصدق قضاء) لكونه خلاف الظاهر زيلعى (قوله لا بيا ابنى ويا اخى) لان النداء لاعلام المنادى بطلب حضوره فان كان

بلا نية وفى قولهما وهو قوله الاول لا يعتق ان كان لا يولد مثله لمثله وهو قول الشافعى ولو قال لاصغر منه هذا جدى قيل هو على الخلاف الذى مر وقيل لا يعتق اجماعا (وهذا مولاى) أى يصح بهذا مولاى (أو يا مولاى أو يا حر أو يا عتيق) مطلقا سواء نوى أولا وقال زفر لا يصح الاعتاق بقوله يا مولاى الا بالنية ولو قال عنيت به المولى فى الدين أو الكذب صدق فيما بينه و بين الله تعالى ولم يصدق قضاء (لا بيا ابنى ويا أخى) وعن أبى حنيفة انه يعتق فيهما ولو قال هذا أخى لا يعتق وروى الحسن عن أبى حنيفة انه يعتق ولو قال لعبده هذه بنتى

بوصف يمكن اثباته من جهته تضمن تحقيق ذلك الوصف تصديقا له كما فى يا حر وان لم يكن تجرد للاعلام والبنوة لا يمكن اثباتها بهذا اللفظ قال فى الفتح و ينبغى ان يكون محل المسئلة ما اذا كان العبد معروف النسب والا فهو مشكل اذ يجب ان يثبت النسب تصديقا له فيعتق وفى نوادر ابن رستم عن محمد لو قال يا أبى يا جدى يا خالى يا عمى أو قال لجاريته يا عمتى يا خالتى يا أختى لا تعتق فى جميع ذلك زاد فى تحفة الفقهاء الا بالنية وأشار الى انه لو ناداه بغير اضافة أو مصغرا لا يعتق وقيد باطلاق الاخ المتناول للاخ من النسب أو من الرضاع أو من الدين لانه لو قال من أمى وأبى أو من النسب عتق نهر عن المبسوط وليس قوله من أمى وأبى قيدا بل كذلك لو قال من أبى أو أمى در رفالواو فى كلام صاحب النهر بمعنى أو فان قيل البنوة أيضا مشتركة بين نسب ورضاع فكيف يثبت العتق باطلاق قوله هذا ابنى قلنا مثل هذا المجاز لا يعارض الحقيقة فاذا امتنعت يصار الى مجاز يكون بينه و بينها علاقة وهو هنا حر فان الحرية لازمة للبنوة فيكون الانتقال من الملزوم الى اللازم در ر قال وعدم العتق بقوله هذا جدى محله اذا لم يقل أبو أبى قال فى الشرنبلالية ولا حصر فى أبى الاب اذ أبو الام بل أعم منه مثله شرنبلالية (قوله قيل على الخلاف) أى فلا يعتق عند الصاحبين و يعتق عند الامام كما فى قاضيخان شيخنا (قوله وقيل لا يعتق اجماعا) وهو الاظهر لان المشار اليه اذا لم يكن من جنس المسمى فالعبرة للمسمى كما لو باع فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج كان باطلا والذكر والانثى من بنى آدم جنسان فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم ولا يتصور تصحيح الكلام فى المعدوم ايجابا أو اقرارا فيلغو كذا فى البرهان الا انه اقتصر على ما اذا قال هذه بنتى لعبده وقد نص عليهما الكمال شرنبلالية وعبارة الخانية ولو قال هذه ابنتى أو قال لجاريته هذا ابنى شيخنا (قوله ولو قال عبدى أو حمارى أو دارى الخ) ذكر الزيلعى تفريعا على الاصل المختلف فيه بينهم وهو ان المجاز خلف عن الحقيقة فى الحكم عندهما وعنده فى التكلم ما نصه وعلى هذا يخرج قوله لعبده هذا حر أو حمار وكذا لو قال لك على ألف أو على هذا الجدار فعنده يعتق و يلزمه الالف لصحة التكلم به وان لم يمكن ثبوت الحرية والدين فى مطلق أحدهما خلافا لهما لاستحالة ثبوت الحقيقة انتهى وفى التنوير وشرحه عن الجوهرة والزيلعى و يصح أيضا بقوله عبدى أو حمارى أو جدارى حر كما لو جمع بين امرأته و بهيمة أو حجر وقال أحدكما طالق طلقت امرأته لا لو جمع بين امرأته وأمته الحية أو الميتة انتهى والذى ظهر لى ان وقوع الطلاق فيما لو جمع بينها و بين بهيمة أو حجر هو قول الامام فقط لتعذر الحقيقة عندهما وعدم وقوع الطلاق فيما لو جمع بينها و بين أمته الحية او الميتة هو قولهما اما على قول الامام فينبغى الوقوع (قوله أى لا يصح بلا سلطان لى عليك) وجه الفرق بين قوله لا سلطان لى عليك حيث لا يعتق وان نوى و بين قوله لا سبيل لى عليك حيث يعتق بالنية ماذكره الزيلعى من ان السلطان عبارة عن اليد أو الحجة ونفيهما لا يدل على انتفاء الملك كما فى المكاتب ولئن احتمل زوال اليد بالعتق فهو محتمل المحتمل فلا يعتبر بخلاف نفى السبيل لان مطلقه يستدعى العتق لان للمولى سبيلا على مملوكه وان كان مكاتبا الا ان ملكه باق فيه وقال الكرخى فنى عمرى ولم يتضح لى الفرق بينهما انتهى وأقول ماذكره فى النهر من ان بعض المشايخ ذهب الى انه يعتق بالنية و به قالت الثلاثة قال فى الفتح وهو الذى يقتضيه النظر انتهى تأييد لما ذكره الكرخى (قوله وألفاظ الطلاق مطلقا سواء كانت صريحة أو كناية) بخلاف عكسه كما مر درر (قوله وسواء نوى أولا) الا فى أمرك بيدك أو اختارى فانه يقع بالنية كما فى البدائع وفيها لو قال لها أمر عتقك بيدك أو جعلت عتقك فى يدك أو قال لها اختارى العتق أو خيرتك فى عتقك أو فى العتق لا يحتاج الى النية لانه صريح لكن لا بد من اختيار العبد العتق فى المجلس لانه تمليك وفى الفتح قال لامته أطلقتك أو قال لعبده ذلك يقع العتق اذا نوى بالاتفاق انتهى وهذا وان كان من كنايات الطلاق أيضا الا ان الممتنع انما هو استعارة ما كان كناية للطلاق فقط نهر (قوله وعند الشافعى يعتق بألفاظ الطلاق ان نوى) لان بين اللفظين اتصالا من حيث ان كل واحد منهما لاسقاط الملك ولنا ان الاعتاق اثبات القوة

قيل على الخلاف وقيل لا يعتق اجماعا وهو الاظهر ولو قال عبدى أو حمارى أو دارى حر عتق العبد عند أبى حنيفة خلافا لهما ومن أراد حفظ هذه المسئلة فليحفظ ما أنشده بعض الظرفاء

٢ جونكه كفت آزاد باشد عبد يا داز
كو يا آزاد باشد عبد يا دار

(ولا سلطان) أى لا يصح بلا سلطان لى عليك وألفاظ الطلاق مطلقا سواء كانت صريحة أو كناية وسواء نوى أولا عندنا وعند الشافعى يعتق بألفاظ الطلاق ان نوى (وأنت) أى لا يصح

٢ ملخص معنى البيت اذا قال الرجل عبدى أو دارى حر فقل له يعتق العبد فتذكر وجه الظرف فى ذلك الذى أومأ اليه الشارح هو الجناس التام الواقع فى كلمة يادار فى المصراع الاول والثانى فان الاول معناه أو دار والثانى معناه تذكر اذ الثانى مركب من ياد وآر والاول من يا بمعنى أو ودار بمعنى البيت عربية اهـ محمد عارف

على ما بيناوالطلاق رفع القيدلان العبد كالجماد وبالعتق يحيا فيقدر على التصرفات الشرعية والمرأة قادرة بعد التزوج غيرانها ممنوعة من البروز لتنتظم مصالح النكاح فاذا طلقها لم يثبت لها به شئ لم يكن ثابتا من قبل بل يرفع عنها المانع ولاشك ان المثبت للقوة أقوى من ازالة المانع فلا يجوزان يستعار الاضعف للاقوى بخلاف العكس وكذا ملك اليمين أقوى من ملك النكاح بدليل انه يدخل فيه ملك المتعة تبعا فألفاظ العتق تزيلهما وألفاظ الطلاق لاتزيل الاملاك المتعة فالموضوع للاضعف لايجوز استعارته للاقوى بخلاف العكس لان من شرط المجاز أن لايكون عمل اللفظ فى محل المجاز أقوى من عمله فى محل الحقيقة بخلاف قوله أطلقتك لانه عبارة عن التسييب فصار بمنزلة قوله خليت سبيلك ولهذا لايختص بالنكاح زيلعى (قوله ولا يعتق بأنت مثل الحر الا بالنية) لانه أثبت المماثلة بينهما وهى قد تكون عامة وقد تكون خاصة فلا يعتق بلانية للشك زيلعى (قوله وعتق بما أنت الا حر مطلقا) لا بما أنت الامثل الحروان نوى ولا بكل مالى حر ولا بكل عبد فى الارض أوكل عبد فى الدنيا اواهل بلخ احرار عند الثانى وبه يفتى بخلاف هذه السكة أوالدار درعن البحر وقوله لا بما أنت الامثل الحروان نوى يشكل بما اذا قال أنت مثل الحر فانه يعتق بالنية فيكون العتق بالنية فى قوله ما أنت الامثل الحر اولويا واعلم ان عتقه بقوله ما أنت الاحر يستثنى منه ما نقله السيد الحموى عن منية المفتى اذا أمر غلامه بشئ فامتنع فقال له ما أنت الاحر لا يعتق (قوله وبملك قريب) معطوف على القول مع مقوله لا على قوله ما أنت الاحر كما قد توهم نهر وأراد بالقول المقدر اذ تقدير قوله وعتق بما أنت الاحر أى بقوله ما أنت الاحر وجعله فى البحر معطوفا على قوله أول الباب بأنت حر وأطلق فى العتق بملك القريب فعم مالو كان ملك منه شقصا فيعتق بقدره عنده وعم كلامه مالو اشترى المأذون من يعتق على المولى ولادين عليه وفى البدائع لواشترى زوجة أبيه الحامل منه عتق ما فى بطنها دون الامة وليس له بيعها قبل ان تضع حملها لانه ملك أخاه فيعتق عليه انتهى وهذا مناف لقولهم ان الحمل لا يدخل تحت المملوك حتى لا يعتق بقوله كل مملوك لى حر فيحتاج الى الجواب بحر وأقول لا يلزم من كون الشئ ملكا كونه مملوكا مطلقا قال فى البدائع وهل يدخل تحت اسم المملوك ان كانت أمه فى ملكه دخل وان كان فى ملكه الحمل فقط بأن كان موصى له به لا يعتق لانه لا يسمى مملوكا على الاطلاق لان فى وجوده خطرا ولهذا لا يجب على المولى صدقة فطره نهر (قوله محرم) اعلم انه لا تلازم بين المحرمية والقرابة لانفكاك المحرمية عنها فى نحو الاخت رضاعا وكذا القرابة تنفك عنها فى نحو بنت العم ولهذا قيد المحرم فى الشرنبلالية بقوله يعنى ومحرميته بالقرابة لا الرضاع حتى لوملك ابنة عمه وهى أخته رضاعا لا تعتق (قوله وقال الشافعى لا يعتق عليه الا الوالدان الخ) لان العتق أقوى الصلات فيناط بأقرب القرابات وهو الولاد لمكان الجزئية وغير الولاد ملحق بالاجانب فى حق الاحكام كوضع الزكاة والشهادات فكذا فى حق هذا الحكم ولا يمكن الحاقها بالولاد قياسا أواستدلالا لنزولها عن قرابة الولاد ولنا قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم فهو حر ولان النكاح انما حرم بهذه القرابة صيانة للقريب عن ذل ملك النكاح والاستفراش فيؤدى الى قطيعة الرحم وملك اليمين فى ذلك أبلغ فكان أولى بالمنع فكما انه صين عن ملك نكاحه فكذا عن بقائه فى ملك يمينه زيلعى (قوله وقال أصحاب الظواهر الخ) وبه قال مالك كما فى الغاية ووجهه ما حدث الطحاوى باسناده الى أبى هريرة قال قال صلى الله عليه وسلم لا يجزى ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه والجواب ان قوله فيعتقه أى بشرائه توفيقا بين الحديثين انتهى وقوله فيعتقه بشرائه أى بموجب شرائه فكان الشراء اعتاقا بواسطة حكمه شيخنا (قوله ولو كان المالك صبيا أو مجنونا) وأهل الصبى والمجنون لهذا الحكم لانه تعلق به حق العبد وهو القريب فشابه النفقة وضمان المتلفات شيخنا قال السيد الحموى وانظر حكم مالو ملك الصبى قريبه بوصية أوهبة أودخل فى ملك المكاتب قريبه انتهى قلت اما المكاتب ففى الدرر والمكاتب اذا اشترى أخاه لا يتكاتب عليه اذ ليس له ملك تام يقدر به على الاعتاق واللزوم عند القدرة

انتهى

ولا يعتق بأنت (مثل الحر) الا بالنية (وعتق بما أنت الا حر) مطلقا (و) عتق (بملك قريب محرم) أولم ينو (و) سواء كان ولدا وأبويه أو غيرهم مطلقا سواء نوى أولم ينو وقال الشافعى لا يعتق عليه الا الوالدان والمولودون وقال أصحاب الظواهر لزمه ان يعتقه ولا يعتق قبل اعتاقه وانما قيد بقريب محرم لانه لوملك قريبا غير محرم كبنت العم أوابن العم أومحرما الا يكون قريبا له كأخته أوامه رضاعا أو زوجة ابنه لا يعتق (ولو كان المالك صبيا أو مجنونا) أو مسلما أو كافرا فى دارنا وانما قيدنا به

انتهى واعترض بأنه كان ينبغى ان يقال لانه ليس له ملك فى الحقيقة والذى رأيته بخط شيخنا يقتضى ان الخلاف فى التكاتب وعدمه بين الامام وصاحبيه انما هو بالنسبة لقرابة غير الولاد فقط وأما الصبى فالظاهر انه لا فرق فى عتق ذى الرحم المحرم عليه بين ان يكون الملك بالهبة أو الوصية أو غيرهما كالشراء ولهذا عبر المصنف بالملك الشامل لما ذكر (قوله لان الحربى لوملك فى دار الحرب ذا رحم محرم منه لا يعتق عليه) يعنى عندهما خلافا لابى يوسف وكذا المسلم لوملك قريبه فيها لم يعتق وكذا لو اعتق الحربى أو المسلم عبدا فى دار الحرب لم يعتق عندهما وعنده يعتق هو يقول انه مالك رقبته فيملك ازالته بالعتق وهما يقولان انه معتق بلسانه مسترق بيده لانه تحت يده وقهره ولو طرأ الاستيلاء على الحربى أبطل حريته فالمقارن أولى ان يمنع الحرية حتى لو خلى سبيله وأزال يده عنه عتق زيلعى والمراد بالعبد فى قوله اعتق الحربى أو المسلم عبدا فى دار الحرب لم يعتق الخ العبد الحربى لقوله وان كان العبد مسلما أوذميا عتق بالاجماع وولاؤه له عند أبى يوسف وقالا لا ولاء عليه لانه عتق بالتخلية لا بالاعتاق فهو كالمراغم نهر والمراد بالمراغم عبد لحربى خرج الينا مسلما كما يعلم من كلامهم قال فى الغاية والاصل فيه ما روى انه خرج عبدان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح فكتب اليه مواليهم قالوا يا محمد والله ما خرجوا اليك رغبة فى دينك وانما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله ردهم اليهم فغضب عليه السلام وقال ما أراكم تنتهون يا معشر قريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم فابى ان يردهم وقال هم عتقاء الله عز وجل ولانه أحرز نفسه بالاسلام فصار أولى الناس بنفسه فلم يجز استرقاقه ابتداء بخلاف ما اذا أسلم بعد الاسر انتهى (قوله لوجه الله) أراد بوجه الله رضاه مجاز ابحر (قوله والشيطان) واحد شياطين الانس والجن اى مردتهم والنون فيه أصلية كانه من شطن بعد عن الخير أو زائدة ان كان من شاط بمعنى هلك نهر (قوله والصنم) وان اثم وكفر به أى بالاعتاق للصنم عند قصد التعظيم لان تعظيم الصنم كفر وعبارة الجوهرة لو قال للشيطان أو للصنم كفر تنوير وشرحه (قوله وبكره) سواء كان ملجئا وهو ما يخاف منه فوت النفس أو العضو أو غير ملجئ نهر وله ان يضمن المكره موسرا كان أو معسرا ومع ذلك يكون ولاؤه له وانما لم تجب السعاية اذا كان معسرا الا ان هذا ضمان اتلاف وهو لا يختلف باليسار والاعسار حموى عن البرجندى (قوله وسكر) أى من محرم أو مثلث بقصد السكر أما اذا كان من مباح كشرب المضطر والحاصل من الادوية والاشربة المتخذة من غير العنب والمثلث لا بقصد السكر بل بقصد الاستمراء والتقوى فانه كالاغماء لا يصح معه تصرف ولا طلاق ولا اعتاق كذا فى التحرير وهذا على قول الامام أما على قول محمد المفتى به من ان كل مسكر حرام فلا يخرج الا شرب المضطر نهر (قوله وان أضافه الى ملك) وكذا الاضافة الى سببه كان اشتريتك فانت حر والتقييد بالآتى مخرج لنحو ان ملكتك فانت حر وهو فى ملكه فانه يعتق للحال لما عرف من ان التعليق بالكائن تنجيز فرق بين هذا وبين قوله لمكاتبه ان أنت عبدى فانت حر حيث لا يعتق لان فى الاضافة قصورا نهر عن البدائع واعلم ان نسخ المتن اختلفت ففى بعضها ذكر الملك مطلقا وعليه شرح الشارح والزيلعى وفى البعض الآخر ذكره مقيدا بالآتى وعليه شرح فى النهر فلهذا قال والتقييد بالآتى الخ (قوله بان قال ان ملكتك فانت حر) فيه ان هذا تعليق لا اضافة الا ان يقال انه استعمل الاضافة فى التعليق مجازا يدل على ذلك ما ذكره فى تعليل ان ملكتك فانت حر وهو فى ملكه عتق للحال بان التعليق بالكائن تنجيز حموى (فروع) تصح حرا تعليق وتقوم وتقعد حرا تنجيز ان سقيت حمارى فذهب به للماء ولم يشرب عتق لان المراد عرض الماء عليه ✻قال عبدى الذى هو قديم الصحبة حر عتق من صحبه سنة هو المختار ✻أنت عتيق ونوى فى الملك يدين ولو زاد فى السن لا يعتق در وقد ذكروا للعتق أشياء كثيرة منها الاعتاق ومنها دعوى النسب ومنها الاستيلاد ومنها ملك القريب ومنها زوال يد الكافر عن عبده المسلم كما ذكرنا فى عبيد الطائف ومنها اذا أقر بحرية عبد انسان ثم ملكه ولو قال لعبده أنت عتيق فلان يعتق عليه لاقراره بحريته والفاظ العتق تنقسم الى ثلاثة أقسام صريح وكناية وما يجرى

لان الحربى لوملك فى دار الحرب ذا رحم محرم منه لا يعتق عليه (و) يصح (بتحرير لوجه الله) سبحانه (والشيطان والصنم) مطلقا سواء نوى اولم ينو (و) يصح (بكره وسكر) مطلقا سواء نوى أولم ينو وعند الشافعى لا يعتق فيهما وفى رواية عن الكرخى والطحاوى لا ينفذ اعتاق المكره والسكران (وان اضافه) أى العتق (الى ملك) بأن قال ان ملكتك فانت حر (أو شرط) بأن يقول لعبده ان دخلت الدار فانت حر (صح) الاضافة فيهما

يجرى الصريح والاعتاق على وجوه مرسل ومعلق ومضاف الى ما بعد الموت وكل ذلك يتنوع الى نوعين بدل وغير بدل وكل ذلك ينقسم الى ثلاثة أقسام قربة ومعصية ومباح كالعتق لاجل انسان أو بلانية زيلعى (قوله خلافا للشافعى فى الاول) وقد بينا الوجه فى الطلاق زيلعى (قوله ولو حرر حاملا عتقا) قيده الثانى بان لا يخرج أكثره فان خرج لا يعتق لانه كالمنفصل فى حق الاحكام الاترى أنه به تنقضى العدة بخلاف ما لو خرج الاقل وعزى الى الثانى لانه المخرج نهر (قوله أى الحامل والولد) أى الحمل الذى سيصير ولدا حموى (قوله سواء نوى عتقهما أو لم ينو) والحاصل ان الحمل يعتق بعتق امه مطلقا أى سواء ولدت لاقل من ستة أشهر او لاكثر فان وقع العتق عليه قصدا بان ولدت لاقل من ستة أشهر يعتق ولا ينتقل ولاؤه أبدا الى موالى أبيه وان وقع بمجرد تبعية أمه بان ولدت لاكثر يعتق أيضا لكن اذا اعتق الاب بعده يجر ولاء ابنه الى مواليه درر (قوله وان حرره) بان قال حملك حر او قال المضغة او العلقة التى فى بطنك حر ولو قال أكبر ولد فى بطنك حر فولدت ولدين فاولهما خروجا أكبرهما عن المحيط وظاهره انهما لو خرجا معا لم يعتق واحد منهما الا ان تلد ثالثا قبل مضى ستة أشهر فانهما يعتقان لانه يصدق عليهما انهما الاكبر والولد وان ذكر مفردا لكنه مفرد مضاف فيعم (قوله دون الحامل) اذ لا وجه لاعتاقها مقصودا لعدم الاضافة ولا تبعا لان فيه قلب الموضوع نهر لان الوضع العقلى ان يكون الحمل تبعا للام وأما كون الام تبعا للحمل فقلب له عزمى زاده ولو أعتق الحمل على مال بان شرطه على الام صح العتق ولا يجب المال على الجنين لعدم ولاية الغير عليه ولا على الام لان اشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز ولانه لا يجب للمولى على امته دين وانما قلنا لا يجوز اشتراط بدل العتق على الاجنبى لانه معاوضة واشتراط العوض على من لم يسلم له المعوض لا يجوز كالثمن والاجرة بخلاف بدل الخلع والقصاص حيث يجوز اشتراطه على الاجنبى لان القاتل والمرأة لا يستفيدان بالعقد شيئا وانما يسقط عنهما حق الغير ومع هذا جاز اشتراطه عليهما فكذا على الاجنبى زيلعى وقوله ولا يجب المال على الجنين ولا على الام لان اشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز يخالفه ما فى النهر حيث ذكر انه اذا اعتق الحمل على مال لا يعتق مطلقا بل بشرط قبول من وجب عليه وأيضا فى النهر مناقضة اذ قوله وعم كلامه ما لو كان على مال وان لم يجب يناقض قوله لكن بشرط قبول من وجب عليه الا أن يكون المراد من قوله وان لم يجب أى أداؤه واعلم ايضا انه اذا اعتق الحمل فقط يشترط لعتقه قيام الحمل وقت الاعتاق بان ولدته لاقل من ستة أشهر من ذلك الوقت لتيقننا بوجوده وقت الاعتاق وان ولدته لاكثر من ستة أشهر من ذلك الوقت لم يعتق لانه لم يتيقن بوجوده وقت الاعتاق الا ان تكون معتدة عن طلاق أو وفاة فتلده لاقل من سنتين من وقت الفراق وان كان لاكثر من ستة أشهر من وقت الاعتاق فحينئذ يعتق لانه كان موجودا حين أعتقه الاترى انه يثبت نسبه منه ومن ضرورته وجوده عنده زيلعى وأشار المصنف الى ان تدبير الحمل وحده صحيح بالاولى قالوا ولا يجوز بيع الام اذا اعتق ما فى بطنها ويجوز هبتها والفرق ان استثناء ما فى بطنها عند بيعها لا يجوز قصدا فكذا حكما بخلاف الهبة لكن لا يحكم ببطلان البيع الا بعد الولادة لاقل من ستة أشهر وفى المبسوط و بعد ما دبر ما فى البطن لو وهب الام لا يجوز وهو الاصح والفرق ان بالتدبير لا يزال ملكه عما فى البطن فاذا وهب الام بعد التدبير فالموهوب متصل بما ليس بموهوب فيكون فى معنى هبة المشاع فيما يحتمل القسمة وأما بعد العتق ما فى البطن غير مملوك بحر (فرع) أوصى بما فى بطن جاريته ومات فاعتق الورثة ما فى بطن الجارية جاز اعتاقهم و يضمنون قيمة الولد يوم الولادة نهر عن الظهيرية (قوله والولد الخ) لان ماءه يكون مستهلكا بمائها فترجح جانبها ولانه متيقن به من جانبها ولهذا ثبت نسب ولد الزنا وولد الملاعنة حتى ترثه ويرثها ولانه قبل الانفصال كعضو منها حسا وحكما حتى يتغذى بغذائها وينتقل بانتقالها ويدخل فى البيع والعتق وغيرهما من التصرفات تبعا لها فكان جانبها أرجح ولهذا يعتبر جانب الام فى البهائم أيضا درر ولو عبر المصنف بالحمل أو بالجنين بدل الولد لكان أولى لانه لا يتبع الام فى أوصافها

خلافا للشافعى فى الاول (ولو حرر) الامة حال كونها (حاملا اعتقا) أى الحامل والولد مطلقا سواء نوى عتقهما أو لم ينو (وان حرره) أى الحمل (عتق فقط) دون الحامل (والولد يتبع الام فى الملك

الا الحمل وأما الولد بعد الوضع فلا يتبعها فى شئ مما ذكره حتى لو اعتق الام بعد الولادة لا يعتق الولد بحر وفى الدر ولا يتبعها بعد الولادة الا فى مسئلتين اذا استحقت الام ببينة واذا بيعت البهيمة ومعها ولدها وقته انتهى وكذا يتبعها أيضا فى حق الاسترداد فى البيع الفاسد وفى الدين فيباع مع أمه فيه وفى الرهن فاذا رهن حاملا فولدت كان رهنا معها وفى حق الاضحية كذا فى جامع الفصولين ولا يتبعها فى النسب حتى لو تزوج هاشمى أمة غيره فجاءت منه بولد كان هاشميا تبعا لابيه رقيقا تبعا لامه نهر وكذا لا يتبعها فى وكالة واجارة وجناية وحد وقود وسائمة ورجوع فى هبة وايصاء بخدمتها ولا يتذكى بذكاة أمه فهى تسع در عن الاشباه (قوله والحرية) أى الاصلية بان تزوج عبد حرة اصلية فحملت منه وأما الطارئة فقد مرت ولو قال المولى فى الطارئة ولدته قبل العتق وقالت بعده حكم الحال ان كان الولد فى يدها فالقول لها وان كان فى يده فالقول له ولو فى أيديهما فالقول لها أيضا ولو أقاما بينة فبينتها أولى ولو كان مكان العتق تدبير فالقول للمولى مع يمينه على علمه والبينة بينتها نهر (قوله والرق) بأن اسر امرأة من دار الحرب وأخرجها ومعها ولد فانه يملكها وولدها رقيق مثلها نهر ويستثنى من تبعية الولد لامه فى الرق ولد المغرور درر (قوله والتدبير) بان دبرها حاملا تدبيرا مطلقا الا مقيدا كما ذكره الشارح لانه لا يتبعها فى التدبير المقيد نهر عن الظهيرية (قوله والاستيلاد) بأن زوج أم ولده فحملت تبعها ولدها فى حكم أمومية الولد حتى يعتق بموت المولى أيضا وينبغى ان يقيده بما اذا لم يشترط الزوج حرية الولد نهر (قوله والكتابة) بأن كاتب أمته حاملا فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر من وقت الكتابة (تتمة) قال فى الاشباه لم أر ما لو حملت أمة كافرة لكافر من كافر فاسلم هل يؤمر مالكها ببيعها الصيرورة الحمل مسلما باسلام أبيه ومقتضى النظر انه لا يجبر لانه قبل الوضع موهوم وبه لا يسقط حق المالك نهر وانظر هل يجبر على بيع الولد بعد وضعه تخليصا للمسلم عن رق الكافر وان لزم منه التفريق بين الولد وأمه لبقائها فى ملكه اذ لا وجه لالزامه ببيعها فليحرر (قوله وولد الامة من سيدها حر) لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه ولا يعارضه ماء الامة لان ماءها مملوك له بخلاف أمة الغير لان ماءها مملوك لسيدها فتحققت المعارضة فرجحنا جانبها بما ذكرنا والزوج قد رضى بذلك لعلمه به زيلعى الا اذا اشترط حرية أولاده كما سبق واعلم ان تعليل الزيلعى المسئلة بانه مخلوق من مائه فيعتق عليه خلاف التحقيق قال فى النهر والتحقيق انه علق حرا للقطع بأن ابراهيم ابن النبى عليه السلام لم يكن الا حرا لا انه علق مملوكا ثم عتق كما يعطيه ظاهر العبارة ثم اعلم انه يستثنى من القاعدة ولد المغرور كما سبق فانه اذا تزوج امرأة على انها حرة فاذا هى قنة فأولاده منها احرار بالقيمة وتعتبر القيمة يوم الخصومة شرنبلالية وقال الاسبيجابى يوم القضاء عزمى وهذا اذا كان المغرور حرا فلو كان مكاتبا أو عبدا أو مدبرا فالاولاد أرقاء حموى عن البرجندى وفى النهر عن الظهيرية قد يكون الولد حرا من زوجين رقيقين بأن كان لحر ولد هو عبد لاجنبى زوجه الاب جاريته برضا مولاه فولدت ولدا كان حرا لانه ولد ولد المولى قال الحموى وهو مشكل على القاعدة الا ان يقال ان حريته عارضة لا أصلية لانه حينئذ يعلق رقيقا ثم يعتق على المولى بالقرابة لا بالتبعية وحينئذ لا اشكال انتهى (قوله لتغايرهما من حيث الكمال الخ) والفرق بينهما ان الرق هو الذل الذى ركبه الله على بعض عباده جزاء استنكافهم عن طاعته وهو حق الله تعالى او حق العامة على الخلاف فيه والملك هو تمكن الشخص من التصرف فيه وهو حقه وأول ما يؤخذ المأسور يوصف بالرق لا الملك الا بعد الاخراج الى دار الاسلام در ولفظ ركبه بالتشديد على معنى جعله راكبا لم نجده فى كتب اللغة نعم يستعمل ثلاثيه بعلى يقال ركبت عليه الديون عزمى زاده واعلم ان العبيد التى تشترى لخدمة الكعبة الرق فيهم كامل ولا ملك فيهم لاحد شيخنا عن الشلبى وقوله ولا ملك فيهم لاحد يشير الى ان العبد المشترى لخدمة الكعبة لا يعتق باعتاق المشترى ويستفاد هذا أيضا من كلام الخصاف حيث ذكر فى باب الرجل يقف الارض ومعها رقيق الخ ان الواقف ليس له عتق رقيق الوقف ولا بيعه الا اذا ضعف عن العمل كان له بيعه ليشترى بثمنه مكانه الخ (تتمة) وجه كون الرق حق الشرع ان

والحرية والرق والتدبير والاستيلاد والكتابة وولد الامة) حال كونه (من سيدها حر) قوله من سيدها اشارة الى ان ولدها من غيره لا يكون حرا ما لم يعتق وانما أورد هذين اللفظين وهما الملك والرق لتغايرهما من حيث الكمال

الكافر لما استنكف ان يكون عبد الله جازاه الله فصيره عبد عبده ووجه كونه حق العامة ان الغانمين كما يقتسمون غير الرقيق يقتسمونه نوح أفندى من باب عتق البعض (قوله والنقصان) وما أورد من أن الرق لا يقبل التجزؤ فكيف يقبل النقصان يندفع بأن المراد نقصان حاله لا نقصان ذاته شرنبلالية عن فتح القدير (قوله لان فى المدبر وأم الولد الخ) فيه ايماء الى ما صرح به الخصاف فى باب الرجل يقف الارض على نفسه ثم من بعده على المساكين من ان المملوك يشمل المدبرين وأمهات الاولاد (قوله وفى المكاتب على عكسه) فلهذا جاز اعتاقه عن الكفارة لكمال رقه ولم يدخل تحت قوله كل مملوك لى حر لنقصان الملك لخروجه عن يد المولى وانعكس ذلك فى المدبر وأم الولد درر وقوله ولم يدخل تحت قوله كل مملوك الخ صريح فى ان المملوك لا يشمل المكاتب واليه يشير ما سبق عن الخصاف حيث اقتصر فى الشمول على المدبرين وأمهات الاولاد (قوله أو لان المملوكية عامة الخ) فعلى هذا يلزم ان يكون ارق مستدركا حموى عن البرجندى

(باب العبد يعتق بعضه)

يجوز ان يقرأ بالتنوين وبعدمه مضافا الى الجملة وأخره عما تقدم لقلة وقوعه أو لكونه أدنى ثوابا منه حموى أو للخلاف فيه أو انه تبع للكل نهر (قوله من أعتق بعض عبده) معينا كربعك حر أو لا كبعضك أو جزء منك أو شقص غير انه يؤمر بالبيان ولو قال سهم منك حر فقياس قول الامام ان يعتق سدسه كما فى الوصية بالسهم من عبده نهر (قوله أى لم يزل ملكه عن كله بل يزول عن ذلك البعض فحسب) وحينئذ لم يعتق كله ولا بعضه بل يزول الملك عن الشقص ويتأخر العتق الى زوال الملك عن الكل بالسعاية عند أبى حنيفة ولهذا كان رقيقا فى شهادته وسائر أحكامه وعندهما لا سعاية عليه قال الشيخ باكير والحاصل ان ههنا أشياء أربعة الرق والعتق وازالة الملك والاعتاق وأحكامها أربعة وهو ان الرق والعتق لا يتجزآن وازالة الملك متجزئ اجماعا والاعتاق مختلف فيه بناء على انه ازالة الملك عنده واثبات العتق عندهما وأصله ان الاعتاق متجزئ عنده فيقتصر على ما أعتق اذ الاعتاق ازالة الملك وعندهما لا يتجزأ بمعنى ان اعتاق البعض اعتاق للكل لان الاعتاق اما اثبات العتق أو اسقاط الرق وهما لا يتجزآن فلا يتجزأ الاعتاق ضرورة انتهى فقوله ازالة الملك متجزئ اجماعا كما اذا باع نصف عبد حموى وقال الزيلعى الاعتاق يوجب زوال الملك وهو متجزئ وعندهما يوجب زوال الرق وهو غير متجزئ وأما نفس الاعتاق أو العتق فلا يتجزأ بالاجماع لان ذات القول وهو العلة وحكمه وهو نزول الحرية فيه لا يتصور فيه التجزؤ وكذا الرق لا يتجزأ بالاجماع لانه ضعف حكمى والحرية قوة حكمية فلا يتصور اجتماعهما فى شخص واحد فاذا ثبت هذا فابو حنيفة اعتبر جانب الرق فجعل كله رقيقا على ما كان وقال زال ملكه عن البعض الذى أعتقه ولم يكن ذلك البعض حرا وهما اعتبرا جانب الحرية فصار كله حرا انتهى (قوله من عدم الزوال) ليست من للبيان بل للسببية حموى (قوله وهو كالمكاتب) الا فى ثلاث الاولى اذا عجز لا يرد الثانية اذا جمع بينه وبين قن فى البيع يتعدى البطلان فى القن بخلاف المكاتب الثالثة اذا قتل ولم يترك وفاء لم يجب القصاص للاختلاف فى موته حرا أو رقيقا فيشتبه الولى بخلاف المكاتب لانه مات رقيقا لانفساخ الكتابة بموته عاجزا وانما لا يرد معتق البعض الى الرق لان سببه ازالة الملك وهو لا يحتمل الفسخ بخلاف المكاتب لان سبب الكتابة عقد وهو يحتمل الفسخ فافترقا حموى (قوله وأصله ان الاعتاق يتجزأ عنده) والصحيح قول الامام قهستانى عن المضمرات وعلى هذا الخلاف التدبير والاستيلاد در وكفاك حجة للامام خبر الصحيحين عن ابن عمر انه عليه السلام قال من أعتق شركا له فى عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فأعطى شركاؤه حصصهم وعتق العبد عليه والا فقد عتق منه ما عتق نهر (قوله وعندهما

والنقصان لان فى المدبر وأم الولد الملك كامل والرق ناقص وفى المكاتب على عكسه أو لان المملوكية عامة فتكون فى بنى آدم وغيرهم والمرقوقية خاصة فيهم فتبين به ان الولد يتبع الام فى العام والخاص بدليل ان البقر الوحشى لا يجوز فى الاضحية وان كان الولد بين الوحشى والاهلى ينظر ان كانت الام وحشية لا يجوز والا يجوز كذا فى فتاوى الولوالجى

(باب العبد يعتق بعضه)

(من أعتق بعض عبده لم يعتق كله) أى لم يزل ملكه عن كله بل يزول عن ذلك البعض فحسب (وسعى) هذا العبد (له) أى لسيده (فيما بقى) من قيمته (وهو) أى معتق البعض مادام يسعى (كالمكاتب) من عدم الزوال هذا عند أبى حنيفة وعندهما يعتق كله وهو قول الشافعى ولا سعاية عليه وأصله ان الاعتاق يتجزأ عنده وعندهما لا يتجزأ (وان أعتق نصيبه من عبد مشترك بينه وبين غيره (فلشريكه) الساكت

لا يتجزأ) ولا خلاف فى عدم تجزئ العتق والرق كما سبق ولهذا قال فى الدر ومن الغريب ما فى البدائع من تجزئهما عند الامام لان الامام لو ظهر على جماعة من الكفرة وضرب الرق على أنصافهم ومن على الانصاف جاز ويكون حكمهم بقاء كالمبعض انتهى (قوله ان يحرر) منجزا أو مضافا المدة كمدة الاستسعاء در عن الفتح (قوله أو يستسعى) أو يدبر أو يكاتب ان شاء لان التدبير نوع عتق والكتابة استسعاء وان كان الشريك عبدا مأذونا فان كان عليه دين فله خيار التضمين والاستسعاء والولاء للمولى وان لم يكن عليه دين فالخيار للمولى فيكون له الخيارات الخمس ان كان موسرا والا فالاربع والمكاتب كالمأذون المديون واعلم ان اثبات هذه الخيارات للشريك مقيد بمن يصح منه الاعتاق حتى لو كان صبيا أو مجنونا انتظر بلوغه أو افاقته ان لم يكن له ولى أو وصى فان كان امتنع عليه العتق فقط ولو مات العبد تعين التضمين فى ظاهر الرواية فاذا ضمن وكان للعبد كسب رجع المعتق بما ضمن وليس للساكت ان يأخذ من تركة العبد قيمة نصيبه فى قول العامة أو مات المعتق وكان العتق فى صحته أخذ بالضمان وان فى مرضه لم يجب فى ماله شئ عندهما وقال محمد تستوفى القيمة من ماله أو مات الشريك الساكت فللورثة ما مر من الخيارات لكن لبعضهم ان يختار العتق وللبعض الآخران يختار التضمين فى ظاهر الرواية وروى الحسن انه ليس لهم ذلك وصححه فى المبسوط ومعنى العتق فى حق الوارث هو الابراء لا حقيقته لان المستسعى كالمكاتب عنده لا تورث رقبته بموت المولى انما الموروث بدل الكتابة لكن لهم الابراء عن السعاية كذا هذا زيلعى ونهر وبحر (قوله أو يضمن لو موسرا) وقد أعتق بلا اذنه فلو به استسعاء على المذهب وهل يجوز الجمع بين السعاية والضمان ان تعدد الشركاء نعم والا لا ومتى اختاروا أمرا تعين الا السعاية فله الاعتاق ولو باعه أو وهبه نصيبه لم يجز لانه كمكاتب ولو اختلفا فى قيمته ان قائما قوم للحال والا فالقول للمعتق لانكاره الزيادة وكذا لو اختلفا فى يساره واعساره در وقوله ولو باعه أو وهبه الخ أى باع الشريك الساكت نصيبه من المعتق او وهبه منه لم يجز استحسانا نهر لانه لم يبق محلا للتمليك وأما اذا ضمنه الساكت فانما ملكه بالضمان ضرورة لكن ليس ملكا مطلقا الا ترى انه ليس له بيعه بل اما العتق أو الاستسعاء واعلم ان المصنف انما اقتصر على ما ذكره من الخيارات ولم يزد خيار التدبير والكتابة كصاحب التحفة لرجوعهما الى السعاية لانه لو دبره وجب عليه السعاية للحال ولو كاتبه على أكثر من قيمته من النقدين مما يتغابن فيه لم يجز ولو على عروض قيمتها أكثر جاز ولو عجز استسعاه فان امتنع اجره جبرا در وأنت خبير بانهما وان رجعا الى معنى السعاية الا ان للتدبير فائدة أخرى هى انه لو مات المولى سقطت عنه السعاية ان كان يخرج من ثلث ماله وللكتابة فائدة هى الاستغناء عن تقويمه وقضاء القاضى بها واشار المصنف بذكر الخيارات الى ان ليس له خيار الترك على حاله لانه لا سبيل الى الانتفاع به بعد ثبوت الحرية فى جزء منه فلابد من تخريجه الى العتق كما فى البدائع وهو ظاهر فى ان الشريك يجبر على ان يختار واحدا مما ذكر قال فى المبسوط وليس له ان يختار التضمين فى البعض والاستسعاء فى البعض الآخر وفى البدائع الا اذا كان الساكت جماعة فاختار بعضهم السعاية وبعضهم الضمان فلكل منهم ما اختار ولو اختار الاستسعاء امتنع عليه التضمين وكذا عكسه نعم له الاعتاق نهر وبه يتضح ما سبق عن الدر (قوله ويرجع المعتق بعد التضمين به على العبد) لانه قام مقام الساكت باداء الضمان وقد كان له ذلك أى أخذ القيمة بالاستسعاء بناء على الاصل الثانى وهو ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده فكذا من قام مقامه كالمدبر اذا قتل فى يد الغاصب وضمن القيمة كان له ان يرجع بما ضمن على القاتل عناية (قوله وعندهما ليس له الا الضمان مع اليسار الخ) وهذا مبنى على أصلين أحدهما ثبوت الحرية فى الكل بعتق البعض وعدم ثبوته وقد بيناه والثانى ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنعه لقوله عليه السلام فى الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى فى حصة الآخر قسم والقسمة تنافى الشركة وله انه احتبست مالية نصيبه عند العبد فله ان يضمنه كما اذا هبت الريح بثوب انسان وألقته فى صبغ غيره حتى انصبغ

(ان يحرر او يستسعى) العبد المعتق فى قيمة نصيبه (والولاء لهما او يضمن لو موسرا) اى ولشريكه ان يحرره او يستسعيه أو يضمن المعتق قيمة نصيبه لو كان المعتق موسرا (ويرجع) المعتق بعد التضمين (به) أى بما أدى (على العبد والولاء له) أى للمعتق فحسب وهذا كله عند أبى حنيفة وعندهما ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار

فعلى صاحب الثوب قيمة الصبغ موسرا كان أو معسرا فكذا هنا غير ان العبد فقير فيستسعيه ولا يرجع العبد المستسعى على المعتق بما أدى باجماع أصحابنا لانه أدى لفكاك رقبته بخلاف المرهون اذا أعتقه الراهن المعسر لانه يسعى فى دين على الراهن لان رقبته قد فكت وهو غير متبرع فيه فيرجع به عليه زيلعى وفى البحر عن جوامع الفقه الاستسعاء ان يؤاجره ويأخذ قيمة ما بقى من أجره فان قلت التعليل بما سبق من انه احتبست مالية نصيبه عند العبد الخ تعليل معارض للنص لانه أوجب السعاية اذا كان المعتق معسرا قلت لا نسلم المعارضة لان الشرط لا يلزم من عدمه العدم شرح الهداية (قوله والولاء للمعتق فى الوجهين) لان العتق كله حصل من جهة المعتق لعدم التجزئ زيلعى (قوله ولا يرجع المعتق عليه) أى على العبد بعد ما ضمن لعدم وجوب السعاية فى حالة اليسار واما التخريج على قوله فخيار العتق لقيام ملكه فى الباقى اذ لم يزل الرق عنده وخيار التضمين لجناية المعتق على نصيبه بالافساد حيث امتنع عليه التصرفات سوى الاعتاق وتوابعه والاستسعاء لاحتباس المالية عند العبد ورجوع المعتق على العبد بما ضمن لقيامه مقام الساكت باداء الضمان وقد كان للساكت الاستسعاء فكذا المعتق ولانه ملكه باداء الضمان ضمنا فيصير كان الكل له وقد اعتق بعضه فله ان يعتق الباقى أو يستسعى ان شاء والولاء للمعتق فى هذا الوجه لان العتق كله من جهته حيث ملكه باداء الضمان وفى حال اعسار المعتق الساكت بالخيار ان شاء اعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى لاحتباس ملكه عند العبد والولاء له فى النصف لوجود العتق من جهته فى هذا القدر فيكون الباقى الآخر فيكون ولاء العبد مشتركا بينهما فى الوجهين زيلعى (قوله وعند الشافعى ان كان معسرا الخ) لانه لا وجه لتضمين الشريك لاعساره ولا الى السعاية لان العبد ليس بجان ولا الى اعتاق الكل للاضرار بالساكت فتعين ما عيناه ولنا قوله عليه السلام من اعتق شقصا له فى مملوك فخلاصه عليه فى ماله ان كان له مال والا قوم واستسعى به غير مشقوق أى لا يشدد عليه فى الامر وقال عليه السلام من اعتق نصيبا له فى مملوك فعليه ان يعتق كله ان كان له مال والا استسعى العبد غير مشقوق عليه روى الحديثين البخارى ومسلم وغيرهما وقال ابن حزم على ثبوت الاستسعاء ثلاثون صحابيا ولان الاستسعاء لا يفتقر الى الجناية بل يبتنى على احتباس المالية فلا يصار الى المحال وهو الجمع بين الضعف والقوة الحكميين زيلعى (قوله هذا اذا كان الشريك المعتق معسرا) لا حاجة اليه للاستغناء عنه بقوله وعند الشافعى ان كان معسرا (قوله ثم المعتبر فى اليسار الى قوله يوم الاعتاق) حتى لو أيسر بعده أو اعسر لا يعتبر لانه حق وجب بنفس العتق فلا يتغير بعده وان اختلفا فيه يحكم الحال الا ان يكون بين الخصومة والعتق مدة تختلف فيها الاحوال فيكون القول قول المعتق لانه منكر زيلعى (قوله وهو المختار) الظاهر انه راجع لما روى عن أبى حنيفة ويحتمل انه راجع لما أخذ به عامة المشايخ حموى ثلث فى الدر عن المجتبى ما نصه ويساره بكونه مالكا قدر قيمة نصيب الآخر يوم الاعتاق سوى ملبوسه وقوت يومه فى الاصح انتهى ومنه يعلم ان قوله وهو المختار راجع لما روى عن أبى حنيفة كما استظهره المحشى رحمه الله (قوله والمعتبر القيمة فى الضمان والسعاية يوم الاعتاق) حتى لو كان العبد أعمى يومه فانجلى بياض عينيه يجب نصف قيمته أعمى أو كان موسرا فاعسر لم يسقط عنه الضمان بخلاف العكس نهر وان اختلفا فى قيمة العبد يوم العتق فان كان قائما يقوم للحال وان كان هالكا فالقول للمعتق لانه منكر وان اتفقا على ان الاعتاق سابق على الاختلاف فالقول للمعتق قائما كان العبد أو هالكا وان اختلفا فى الوقت والقيمة فادعى الساكت انه اعتقه للحال يحكم بالعتق للحال ويقوم لان الحادث يضاف الى أقرب الاوقات وعلى هذا التفصيل لو اختلف العبد والساكت زيلعى (قوله ولو شهد كل الخ) أى اخبر كل واحد بعتق نصيب صاحبه وكذبه وتقييد المصنف بشهادتهما اتفاقى اذ لو اخبر واحد ان صاحبه اعتق نصيبه وكذبه فالحكم كذلك ولو كانوا ثلاثة فشهد اثنان على الثالث انه اعتق نصيبه لم تقبل لانهما يجران الى انفسهما مغنما ولا يعتق نصيب الشاهد ولا يضمن لصاحبه ويسعى العبد فى جميع قيمته نهر

والولاء للمعتق فى الوجهين ولا يرجع المعتق عليه وعند الشافعى ان كان معسرا فللشريك ان يستديم الرق فى نصيبه ويتصرف فيه كما كان يتصرف من قبل فيباع ويوهب هذا اذا كان الشريك المعتق معسرا وان كان موسرا يعتق كله ويضمن لشريكه نصيبه فالعتق عنده لا يتجزأ ان كان موسرا ولا يرى وان كان معسرا يتجزأ ثم المعتبر التخريج الى الحرية بالسعاية قدر قيمة نصيب فى اليسار ان يملك قدر قيمة نصيب الآخر يوم الاعتاق وبه أخذ عامة المشايخ وعن أبى حنيفة ان المعتبر ذلك لكن ما سوى المشغول بحاجته كمتاع البيت والخادم والمنزل وثياب الجسد وهو المختار وقيل المعتبر نصاب حرمان الزكاة والمعتبر القيمة فى الضمان والسعاية يوم الاعتاق (ولو شهد كل واحد من الشريكين (بعتق نصيب صاحبه

وبحر وحموى من البدائع (قوله سعى العبد لهما) قال فى الستة فى بعد تحليف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ومثله فى العينى مع زيادة قوله والولاء لهما ولو نكل أحدهما صار معترفا فلا سعاية ولو مات قبل ان يتفقا فليث المال درر عن البحر (قوله أى لكل واحد منهما فى نصيبه الخ) لان كل واحد منهما يشهد على صاحبه بالعتق وعلى نفسه بالتكاتب فلا يقبل قوله على صاحبه ويقبل فى حق نفسه ويمتنع به استرقاقه ويستسعيه للتيقن به لانه ان كان صادقا فهو مكاتبه وان كان كاذبا فهو عبده ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار عنده لان حق الاستسعاء لا يبطل باليسار بل يثبت له الخيار وهنا تعذر التضمين لانكار الآخر فبقى الآخر مخيرا بين الاستسعاء والاعتاق والتدبير والكتابة على ما تقدم والولاء لهما لان كل واحد منهما يزعم انه عتق نصيبه من جهته بالسعاية ورد قوله اعتقه شريكى زيلعى (قوله وعندهما ان كانا موسرين فهو حر ولا سعاية عليه) لان كلا منهما يتبرأ عنه بدعوى الضمان على المعتق فى زعمه لان كلا منهما موسر ويسار المعتق يمنع السعاية ولا يجب له الضمان على صاحبه لعجزه عن اقامة البينة باعتاقه واقراره غير مقبول عليه زيلعى (قوله وان كانا معسرين سعى لهما) لان كلا منهما يدعى عليه السعاية فيقبل قوله عليه صادقا أو كاذبا زيلعى (قوله سعى للموسر ولا يسعى للمعسر) وجه الفرق ان الموسر لا يدعى الضمان على صاحبه لاعساره وانما يدعى السعاية على العبد بخلاف المعسر فانه يدعى الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد عن السعاية زيلعى وكلام العينى يوهم وجوب السعاية على العبد لهما سواء كانا معسرين أو احدهما واجاب الشيخ شاهين بان المراد من قوله وقالا ان كانا معسرين يسعى أو كان أحدهما معسرا أى فانه يسعى للموسر منهما (قوله الى ان يتفقا على اعتاق احدهما) فلو لم يتفقا حتى ماتا فليث المال بحر عن الكمال (فرع) قال أحد شريكين للآخر بعت منك نصيبى وان لم أكن بعته منك فهو حر وقال الآخر ما اشتريته وان كنت اشتريته منك فهو حر فالقول لمنكر الشراء بيمينه فان حلف ولا بينة للبائع عتق بلا سعاية لمدعى البيع بل للآخر فى حظه بكل حال وكذا عندهما لو البائع معسرا ولو موسرا لم يسع لاحد فى الاصح در ومحترز التقييد بالاصح يعلم بمراجعة النهر (قوله ولو علق أحدهما) أى احد الشريكين ومافى النهر من قوله أى الشريكان صوابه أى الشريكين أو هو على لغة من يلزم المثنى الالف قال فى الشرنبلالية عن الكمال ولا يخفى ان من صورة المسئلة ان يتفقا على ثبوت الملك لكل الى آخر النهار (قوله غدا) مثال والمراد وقت معين نهر (قوله عتق نصفه) لحنث أحدهما بيقين در (قوله وسعى فى نصفه الآخر لهما انصافا) والولاء لهما شيخنا (قوله عنده) لان يسار المعتق عنده لا يمنع وجوب السعاية على العبد (قوله وان كانا موسرين لم يسع لواحد منهما فى شئ) لان كل واحد منهما يتبرأ من السعاية ويدعى الضمان على شريكه فان يسار المعتق عنده أى عند أبى يوسف يمنع وجوب السعاية شيخنا عن النهاية وكذا عند محمد فلا خلاف بين الصاحبين فى هذا فالخلاف انما هو فيما اذا كانا معسرين أو احدهما (قوله وان كان احدهما موسرا والآخر معسرا سعى فى ربع قيمته الخ) لان المعسر يدعى الضمان على شريكه ويتبرأ من سعاية العبد فيسقط حقه عنه والموسر يدعى السعاية على العبد فيسعى له فى حصته شيخنا عن النهاية فابو يوسف مع أبى حنيفة فى المقدار ومع محمد فى اعتبار اليسار والاعسار زيلعى (قوله وعند محمد يسعى فى جميع قيمته الخ) لان المقضى عليه بسقوط نصف السعاية مجهول فلا يمكن القضاء به مع الجهالة فصار كما اذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم فانه لا يقضى عليه بشئ للجهالة فكذا هذا ولهما انا تيقنا بحنث أحدهما وسقوط نصف السعاية عن العبد فلا يجوز القضاء به مع التيقن بخلافه زيلعى (قوله سعى فى نصف قيمته للموسر) لان المعسر يتبرأ عن السعاية والموسر يدعيها فان يسار المعتق عنده أى عند محمد كابى يوسف يمنع وجوب السعاية شيخنا عن النهاية (قوله ولو حلف كل واحد من الرجلين الخ) فى العينى كل واحد من الشريكين وهو غير صحيح لان المسئلة مصورة بما اذا كان لكل واحد منهما عبد بانفراده يظهر ذلك مما يأتى وهو ظاهر

سعى) العبد (لهما) أى لكل واحد منهما فى نصيبه مطلقا سواء كانا موسرين او معسرين او كان أحدهما موسرا والآخر معسرا عند أبى حنيفة وعندهما ان كانا موسرين فهو حر ولا سعاية عليه وان كانا معسرين سعى لهما فى قيمته وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر ولا يسعى للمعسر والولاء فى جميع ذلك موقوف عندهما الى أن يتفقا على اعتاق احدهما (ولو علق أحدهما عتقه) أى العبد المشترك (بفعل فلان غدا) بان قال أحدهما ان دخل زيد هذه الدار غدا فالعبد حر (وعكس الآخر) بان قال ان لم يدخل فهو حر (ومضى) الغد (ولم يدر) الفعل ولا عدمه وقال كل واحد منهما حنث صاحبى (عتق نصفه وسعى فى نصفه) الآخر (لهما) انصافا مطلقا سواء كانا موسرين أو معسرين او احدهما موسرا والآخر معسرا عنده وعند أبى يوسف ان كانا معسرين سعى فى نصف قيمته لهما وان كانا موسرين لم يسع لواحد منهما فى شئ وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى فى ربع قيمته للموسر وعند محمد يسعى فى جميع قيمته لهما ان كانا معسرين وان كانا موسرين لم يسع لواحد منهما فى شئ وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا تسعى فى نصف قيمته للموسر ولم يسع للمعسر (ولو حلف كل واحد من الرجلين (بعتق عبده)

ولهذا قال الزيلعى يعنى لو حلفا على عبدين كل واحد منهما لاحدهما الخ حموى وقال الشيخ شاهين قوله من الشريكين صوابه من الرجلين اذ لا شركة هنا (قوله والمسئلة بحالها) يعنى قال أحد الرجلين ان دخل فلان الدار غدا فعبده حر وقال الآخر ان لم يدخل فلان الدار غدا فعبده حر فمضى ولم يدر أدخل أم لا (قوله لم يعتق واحد منهما اجماعا) لان الجهالة فى المقضى له والمقضى عليه متفاحشة فامتنع القضاء وفى العبد الواحد المقضى له بالحرية وسقوط نصف السعاية عنه وهو العبد والمقضى به وهو الحرية وسقوط نصف السعاية معلوم والمجهول واحد وهو الحانث منهما فغلب المعلوم المجهول وفى هذه بالعكس لان المجهول هو الغالب فيهما أى فى المقضى له والمقضى عليه فامتنع القضاء لذلك ولا يشكل هذا بما اذا كان بينهما عبد وأمة كما فى العينى والزيلعى أو عبدان كما فى النهر فقال أحدهما ان دخل فلان الدار اليوم فالعبد حر وقال الآخر ان لم يدخل فالامة حرة ولم يعرف ادخل ام لا يعتق كل واحد منهما مع ان المقضى له بالعتق والمقضى عليه مجهول لان كل واحد منهما أقر بفساد نصيبه لزعمه ان شريكه هو الحانث بخلاف السابقة فان كلا منهما يزعم ان الآخر هو الحانث فى عبده وليس له فيه نصيب حتى لو تقايضا عتقا عليهما لاقرار كل منهما بحرية عبد الآخر وعلى كل منهما قيمة ما اشترى لان كلا منهما يزعم انه اشترى حرا بعبد ففسد البيع باقرارهما ولو اشترى العبدين فى مسئلتنا رجل واحد جاز وان كان عالما بحنث احد البائعين لزعم كل منهما انه باع عبدا وزعم المشترى قبل الدخول فى ملكه غير معتبر فاذا صح الشراء واجتمعا فى ملكه عتق عليه احدهما لان زعمه معتبر فى حق نفسه ويؤمر بالبيان عينى وان لم يعلم المشترى بحالهما فالقاضى يحلفهما ولا يجبر على البيان ما لم تقم البينة على ذلك وأنت خبير بان التعليل بكون المقضى عليه معلوما يفيد انهما لو اجتمعا فى ملك أحد الحالفين فالحكم كذلك ولو اتحد الحالف بان قال عبدى حر ان لم يكن فلان دخل هذه الدار اليوم ثم قال امرأته طالق ان كان دخل اليوم عتق وطلقت لانه باليمين الاولى مقر بوجود شرط الثانية وبالثانية صار مقرا بوجود شرط الاولى نهر بخلاف ما لو كانت الاولى بالله اذ الغموس لا يدخل تحت الحكم ليكذب به فى الاخرى در وقيل لا يعتق ولا تطلق لان احدهما معلق بعدم الدخول والآخر بوجوده وكل واحد من الشرطين دائر بين الوجود والعدم فلا ينزل الجزاء بالشك والفرق بين هذا وبين حلفه بالعتق ان دخل فلان الدار اليوم وبالطلاق ان لم يدخل حيث لا يقع شئ ما فى البحر عن الفتح وهو ان صيغة ان لم يكن دخل تستعمل لتحقيق الدخول فى الماضى فكان معترفا بالدخول وهو شرط الطلاق فوقع بخلاف ان لم يدخل اذ ليس فيها تحقيق وصيغة ان كان دخل لتحقيق عدم الدخول فكان معترفا بعدم الدخول وهو شرط وقوع العتق فوقع بخلاف ان دخل فانه ليس فيها تحقيق أصلا الخ (قوله ولو ملك ابنه) كذا الحكم فى كل رحم محرم شرنبلالية عن الفتح قيد بالقريب لانه لو ملك مستولدته بالنكاح مع آخر ضمن نصف القيمة لشريكه ولو بالارث لان هذا ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار نهر (قوله مع رجل) بعقد واحد وقبلاه جميعا قاله الاتقانى ويوضح هذا القيد المسئلة الآتية حموى عن شرح ابن الحلبى والمراد بالمسئلة الآتية ما سيأتى من قوله وان اشترى نصفه اجنبى ثم الاب ما بقى (قوله عتق حظه أى نصيبه) لانه ملك قريبه فيعتق عليه بخلاف ما لو اشترى العبد نفسه مع اجنبى حيث لا يصح لوقوع البيع والعتق معا فى زمان واحد نهر واعلم ان المراد من قوله عتق حظه ثبوت اثره وهو زوال الملك ولم يرد به حقيقة العتق لانه لا يتجزأ بالاتفاق حموى وقوله فى النهر لانه ملك قريبه على حذف مضاف والتقدير ملك شقص قريبه (قوله ولم يضمن الاب نصيب شريكه) لانعدام التعدى زيلعى واما ما علل به فى البحر والنهر من ان الشريك رضى بافساد نصيبه بمشاركته فيما هو علة العتق ففيه نظر لاقتضائه ان عدم الضمان مشروط بما اذا علم الشريك انه ابنه مع انه لا فرق فى ظاهر الرواية (قوله بان تزوج امة ابن عمه الخ) وتصور أيضا بما اذا ماتت زوجته وقد كانت ملكت ابنه من غيرها ولها أخ فورثها الزوج وهو أبو الولد مع الاخ شيخنا عن الشوبرى (قوله وسواء علم الآخر

والمسئلة بحالها (لم يعتق واحد) منهما اجماعا (ولو ملك ابنه مع) رجل (آخر عتق حظه) أى نصيبه (ولم يضمن الاب نصيب شريكه (والشريكه ان يعتق أو يستسعى) وهذا مطلق سواء كان التملك بارث بان تزوج امة ابن عمه فولدت ولدا ثم مات سيدها فورثه زوجها وابن عم آخر له فالولد يعتق على أبيه ولا يضمن لشريكه أو بشراء أو بهبة أو بوصية أو بصدقة وسواء كان الاب موسرا أو معسرا وسواء علم الآخر

انه ابن شريكه أو لم يعلم) لان سبب الرضا يتحقق من غير علم والحكم يدار على سببه لا على حقيقته لانه مبطن لا يمكن الوقوف عليه فصار بمنزلة شخص يقول لغيره كل هذا الطعام وهو طعام الآمر والآمر لا يعلم انه طعامه فان المأمور لا يضمن للآمر شيئا لانه اتلفه باذنه حتى لو قال المغصوب منه ذلك للغاصب وهو لا يعلم سقط الضمان عنه زيلعى (قوله وعندهما يضمن الاب فى غير الارث) وعلى هذا الخلاف لو حلف احدهما بعتق عبد ان ملك نصفه فلكاه بهذه الاسباب لهما انه افسد نصيبه بالاعتاق لان مباشرة هذه الاسباب اعتاق له ولهذا يجتزئ به عن الكفارة بخلاف ما اذا ورثاه لانه جبرى لا اختيار له فيه وله ان الشريك رضى بافساد نصيبه حيث شاركه فى علة العتق وهو مباشرة اسبابه زيلعى (قوله وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة) الذى فى الزيلعى وروى الحسن الى آخره والتوفيق ممكن برواية كل واعلم ان السيد الحموى نقل عن المفتاح ان الاعتماد على هذه الرواية (قوله أى للاجنبى ان يضمن الاب نصف قيمته) لانه لم يرض بفساد نصيبه وهذه المسئلة لم يشرحها الزيلعى واتفقوا فيها على الضمان واختلفوا فى الخيار حموى عن ابن الحلبى (قوله وان اشترى نصف ابنه ممن يملك كله لا يضمن لبائعه) لان البائع شاركه فى العلة وهو البيع زيلعى (قوله فللشريك حق التضمين اجماعا) زيلعى وعينى ويخالفه ما فى النهر حيث قال قيد بكون البائع يملك كله لانه لو اشترى نصفه من احد الشريكين فلا ضمان عليه اجماعا ثم راجعت البحر فرأيت ما فى النهر مخالفا له أيضا ونصه قيد بكونه ممن يملك لانه لو اشترى نصف ابنه من احد الشريكين وهو موسر فانه يلزم المشترى الضمان بالاجماع للشريك الذى لم يبع ولا يضمن للبائع شيئا لان الشريك الذى لم يبع لم يشاركه فى العلة فلا يبطل حقه بفعل غيره الخ وتزول المخالفة بكون المراد من قوله فلا ضمان عليه اجماعا أى للبائع (قوله لموسرين) ليس بقيد لان الاعتبار بيسار المدبر والمعتق بحر (قوله دبره واحد منهم أولا) فيه ايماء الى ان الواو من قوله وحرره آخر بمعنى ثم درر ولو كان بين اثنين والمسئلة بحالها كان للمدبر ان يضمن المعتق ثلثه مدبرا ولو كان العتق أولا والتدبير ثانيا كان للمدبر ان يستسعيه لاختياره بالتدبير ترك الضمان ولو لم يعلم ايهما أولا أو صدرا معا كان للمدبر تضمين المعتق ربع القيمة ويرجع بها على العبد أو استسعاء العبد فى ذلك وهذا عند الامام وقالا العتق أولى فى الكل فان كان المعتق موسرا ضمن للمدبر والا سعى العبد فى نصيبه نهر عن المحيط وتبعه الحموى فى شرحه وقوله ولو كان بين اثنين الخ لا وجه لما ذكره من قوله للمدبر ان يضمن المعتق ثلثه مدبرا ثم ظهر انه تبع فيما ذكره صاحب البحر مع انه فى البحر ذكره على وجه البحث زاعما استفادة ذلك من المتن والصواب ان يقال للمدبر ان يضمن المعتق نصفه مدبرا أو ثلثه قنا وسيأتى قوله ولو كان حرره احدهما ثم دبره الآخر فللمدبر ان يستسعى العبد فى نصف قيمته مدبرا يشهد للتصويب وقوله أو استسعاء العبد فى ذلك خلاف الصواب والصواب الموافق لما فى البحر ان يقال أو استسعاء العبد فى ربع القيمة (قوله ضمن الساكت المدبر ثلث قيمته قنا) ورجع به على العبدان شاء شرنبلالية عن الكمال (قوله وليس له ان يضمن المعتق) لان الاصل فى الضمان ان يكون ضمان معاوضة وهذا انما يتحقق فى تضمين المدبر لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير لكونه قنا عند ذلك ولا يمكن ذلك فى الاعتاق لاجل التدبير لانه لا يقبل النقل من ملك الى ملك فكان الضمان فيه ضمان اتلاف زيلعى ونهر لان المدبر كان متمكنا قبل عتقه من استخدامه واجارته واعارته الى موته فامتنع بعتقه كل ذلك وهذا معنى الاتلاف والافساد عليه نوح افندى (قوله ثلثه مدبرا) لانه افسد نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقدر المتلف زيلعى (قوله لا ما ضمن المدبر وهو ثلث قيمته قنا) لان ملك المدبر ثبت مستندا الى وقت اداء الضمان الى الساكت وهو ثابت من وجه دون وجه لان وقت التدبير لم يكن مالكا نصيب الساكت فلا يظهر فى حق التضمين وان ظهر فى حق الاستسعاء لقيامه مقام الساكت فى حقه زيلعى مع زيادة لشيخنا توضيحه ان قيمة العبد اذا كانت سبعة وعشرين دينارا مثلا فان الساكت يضمن المدبر تسعة والمدبر يضمن المعتق ستة لان قيمة المدبر ثلثا قيمة

انه ابن شريكه أو لم يعلم عند أبى حنيفة وعندهما يضمن الاب فى غير الارث ان كان موسرا وان كان معسرا سعى الابن فى نصف قيمته نصف قيمته لشريك أبيه وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة انه ان لم يعلم وله ان يضمن أباه (وان اشترى نصفه اجنبى) من اولا (ثم اشترى (الاب ما بقى) أى للاجنبى (وله) ان يضمن الاب ابنه وهو موسر (او) نصف قيمته (ان يضمن الاب) نصف قيمته وهذا عند أبى حنيفة وعندهما لا خيار له يستسعى) الابن فى نصف قيمته وضمن الاب نصف قيمته (وان اشترى نصف ابنه ممن يملك كله لا يضمن لبائعه) مطلقا سواء كان موسرا أو معسرا عند أبى حنيفة وعندهما يضمن ان كان موسرا وانما قيد بقوله ممن يملك كله لانه لو كان مشتركا بين اثنين فباع احدهما نصيبه من أبيه وهو موسر فللشريك حق التضمين اجماعا (عبد) مشترك (لموسرين) بكسر الراء (دبره واحد) منهم أولا وهو موسر (وحرره آخر) وهو موسر (ضمن) الشريك (الساكت المدبر) ثلث قيمته قنا وليس له ان يضمن المعتق (والمدبر يضمن (المعتق ثلثه) حال كونه (مدبرا لا ما ضمن) المدبر وهو ثلث قيمته قنا هذا عند ابى حنيفه

القن فبالتدبير تلفت منه تسعة وكان الاتلاف بالاعتاق واقعا على قيمة المدبر وهى ثلثا قيمة القن وهى
ثمانية عشر وثلثها ستة فيضمن المدبر المعتق ثلث الستة فقط ولا يضمنه التسعة التى هى نصيب الساكت
مع تلك الستة التى يضمنه اياها در ر ولو ضمن الساكت المدبر قبل ان يعتقه الآخر ثم اعتقه كان للمدبر ان
يضمن المعتق ثلثى قيمته لان الاعتاق وجد بعد تملك المدبر نصيب الساكت زيلعى وفيه اجمال يعلم بما ذكره
فى النهر حيث قال قيد بكون الساكت اختار تضمين المدبر بعد تحرير الآخر لانه لو ضمنه قبل تحريره
ثم حرره كان للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته قنا مع قيمة ثلثه مدبرا الخ ووجه كون قيمة المدبر على
الثلثين من قيمة القن ان له الانتفاع بالوطء والسعاية والبدل وانما زال الاخير فقط واليه مال الصدر
الشهيد وعليه الفتوى الا ان الوجه يخص المدبرة دون المدبر شرنبلالية عن الكمال وجوابه كما فى البحر ان
الاستخدام هو المنظور اليه الشامل للعبد والجارية والوطء من الاستخدام فالباقى فى المدبر شيئان الاستخدام
والسعاية والفائت البدل الخ واعلم ان الصدر الشهيد اختلف عنه النقل ففى الشرنبلالية عن الكمال عزا
للصدر الشهيد الميل الى القول بان قيمة المدبر على الثلثين من قيمة القن والمولى الوانى عزا اليه الميل الى
القول بانها على النصف معللا بانه ينتفع بعين المملوك وببدله أى ثمنه وبقى الاول فى المدبر دون الثانى
انتهى (قوله وعندهما العبد كله مدبر الخ) والخلاف مبنى على ان التدبير يتجزأ عنده كالاعتاق لانه
شعبة من شعبه ولا يتجزأ عندهما نهر (قوله موسرا كان أو معسرا) لانه ضمان تملك وهو لا يختلف
باليسار والاعسار بخلاف ضمان الاعتاق فانه ضمان جناية وافساد (قوله واعلم ان الولاء بينهما اثلاثا)
هذا على قول أبى حنيفة واما على قول الصاحبين فالولاء كله للمدبر كما فى الهداية وقد أهمل الشراح
التنبيه على ذلك (قوله ثلثاه للمدبر) فى النهاية وغاية البيان ان الولاء بين عصبة المدبر والمعتق اثلاثا
لان العتق لا يثبت للمدبر الا بعد موت مولاه وهذا غلط كما فى البحر عن الفتح لان العتق المنجز يوجب
اخراجه الى الحرية بتخيير أحد الامور من التضمين مع اليسار والسعاية والعتق حتى منع استخدام المدبر
حين وجوده كما لو أعتق أحد الشريكين ابتداء ودبره الآخر الساكت فانه لا تتأخر حريته باقيه الى موته الخ
(قوله وثلثه للمعتق) لا يقال اذا كان المدبر يملك نصيب الساكت بالضمان وجب ان يملك المعتق نصيب
المدبر بالضمان فوجب ان يكون له الثلثان من الولاء وللمدبر الثلث لانا نقول ضمان المعتق نصيب المدبر
ضمان جناية لا ضمان معاوضة لان المدبر لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك بسائر الاسباب فكذا
بالضمان فلم يملكه بخلاف نصيب الساكت حيث يملكه المدبر بالضمان لان الملك فيه يستند الى وقت
التعدى وهو وقت التدبير ونصيب الساكت فى ذلك الوقت يقبل الانتقال من ملك الى ملك فافترقا
زيلعى (قوله وقيل يضمن المدبر المعتق نصف قيمته قنا) سقط مضاف هو ثلث نصف قيمته قنا لا يستقيم
الكلام بدونه وهذا القيل يبتنى على القول بأن قيمة المدبر على النصف من قيمة القن وسيأتى فى باب
التدبير انه الصحيح شيخنا (قوله وتتوقف يوما) لانه لما لم يصدقه انقلب اقراره عليه فصار كأنه استولدها
أو أقر بالاستيلاد على نفسه وما فى الزيلعى من قوله فصار كأنه استولدها المنكر صوابه المقر وقيد المصنف
بقوله أم ولدك لانه لو شهد احد الشريكين على صاحبه بالاعتاق وأنكر صاحبه ينفذ على المقر حموى عن
المفتاح (قوله وتكتسب) عبارة المختلف فى باب محمد نفقتها فى كسبها فان لم يكن لها كسب فنفقتها على
المنكر ولم يذكر خلافا فى النفقة وقال غيره نصف كسبها للمنكر ونصفه موقوف ونفقتها من كسبها فان لم يكن
لها كسب فنصف نفقتها على المنكر لان نصف الجارية للمنكر وهذا الائق بقول أبى حنيفة وينبغى على
قول محمد ان لا نفقة لها عليه أصلا لانه لا خدمة له عليها ولا احتباس وأما جنايتها فتسعى فيها على قول
محمد كالمكاتب وتأخذ الجناية ممن جنى عليها وعلى قول أبى حنيفة جنايتها موقوفة الى تصديق أحدهما
صاحبه شرنبلالية عن الفتح وفى النهر والجناية عليها موقوفة فى نصيب المقر دون المنكر فيأخذ نصف
الارش وأما جنايتها فالصحيح انها موقوفة فى حقها الا انه تعذر ايجابها فى نصيب المنكر لعجزه عن دفعها

وعندهما العبد كله مدبر للمدبر
والاعتاق باطل وضمن المدبر ثلثى
قيمته لشريكه موسرا كان أو معسرا
واعلم ان الولاء بينهما اثلاثا ثلثاه للمدبر
وثلثه للمعتق وقيل يضمن المدبر المعتق
نصف قيمته قنا واليه مال الصدر
الشهيد وعليه الفتوى (ولو قال)
آخر (لشريكه هى أم ولدك وأنكر)
الشريك (تخدمه) اى الجارية
المنكر (يوما وتتوقف يوما) وتكتسب
وتنفق على نفسها

بالجناية

بالجناية من غير صنع منه فلا تلزمه الفدية فوجب التوقف فى نصيبه ضرورة كالمقر بخلاف الجناية عليها
لانه أمكن دفع نصف الارش الى المنكر الخ وقوله ضرورة كالمقر زيادة منه على ما فى البحر (قوله ولا سعاية
عليها للمنكر) لان استدامة ملكه ممكن بان تخدمه يوما ولا يصار الى السعاية الا عند تعذر الاستدامة
بخلاف أم ولد النصرانى اذا أسلمت لانه لا يمكن استدامة الملك فيها فتعينت السعاية زيلعى (قوله
ولا سبيل للمقر عليها) فليس له استسعاؤها ولا استخدامها قال الزيلعى ولا سعاية عليها للمقر لانه يدعى
الضمان على شريكه بدعوى التملك عليه دون السعاية وكذا ليس له ان يستخدمها لانه تبرأ منه بدعوى
انتقالها الى شريكه (قوله وقال أبو يوسف ومحمد ليس للمنكر ان يستخدمها) لانه لما أنكر نفذ الاقرار
على المقر فصار كأن المقر استولدها أو أقر بأنه استولدها وهو فى ذلك لا يستخدمها فكذا هذا فاذا بطل
الاستخدام وصارت ماليتها محبوسة عندها وجب عليها السعاية لانها هى التى تنتفع بذلك فاذا أدت نصف
قيمتها الى المنكر عتقت كلها لان العتق لا يتجزأ عندهما زيلعى (قوله فلا يضمن أحد الشريكين باعتاقها)
تفريع على ما مهده يعنى اذا كان بينهما أمة ادعى كل منهما انها أم ولده فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا
ضمان عليه عند الامام وهو قول الجمهور ومن فوائد الخلاف انها لو ولدت ولدا فادعاه أحدهما ثبت
نسبه ولا شئ عليه لشريكه ولا سعاية على الولد عنده لان ولد أم الولد كأمه وعندهما يضمن نصف قيمته
ان كان موسرا ويسعى الولد فى نصف قيمته ان كان معسرا نهاية وعناية ونظر فيه الزيلعى بأن النسب يثبت
مستندا الى وقت العلوق فلم يعلق شئ منه على ملك الشريك ذكره فى الهداية فى الاستيلاد فى القنة فضلا
عن أم الولد فكيف يتصور ان يكون سقوط الضمان لاجل أنه كأمه عنده وعندهما يضمن وهو حر
الاصل ولو كان مكان الدعوة اعتاق لاستقام وأجاب فى البحر بالفرق بينهما لان الاستناد فى القنة ممكن
لقبولها النقل من ملك الى ملك ولا يمكن فى أم الولد لعدم قبولها اياه فكان فى نصيبه كالاجنبى وولد أم
الولد من الاجنبى كأمه ومنها اذا غصبها غاصب فهلكت عنده لا يضمن عنده وعندهما يضمن وذكر محمد
فى الرقيات ان أم الولد تضمن بالغصب عند أبى حنيفة كالصبى الحر حتى لو ماتت حتف انفها لم يضمن
ولو قرب بها الى مسبعة فافترسها السبع يضمن لان هذا ضمان جناية لا ضمان غصب ولهذا يضمن الصبى
الحر بمثله زيلعى والرقيات نسبة للرقة بالفتح والتشديد مدينة على الفرات كما فى اللب انتهى (تتمة) ولدت
أمة مدبرة مشتركة بين رجلين ولدا فادعاه أحدهما يصير نصفها أم ولد ونصفها مدبرة لشريكه حتى لو ماتا
يعتق نصف الشريك من الثلث ونصف الآخر من الجملة وولاء الولد بينهما وفى رواية كتاب الولاء الولاء
للثانى وليس للاب عليه ولاء وعليه قيمة نصف الولد مدبرا يوم ولد كذا ذكره عزمى زاده عن شمس الائمة
البيهقى قلت ما ذكره أولا من كون الولاء على الولد بينهما ظاهر علم وجهه من الفرق الذى سبق عن صاحب
البحر وهو ان المدبرة كأم الولد فى عدم قبول النقل من ملك الى ملك فلا يمكن الاستناد فى النسب فكان
فى نصيبه كالاجنبى وولد المدبرة من الاجنبى كأمه وأما ما ذكره ثانيا من قوله وفى رواية كتاب الولاء الولاء
للثانى وليس للاب عليه ولاء فلم يظهر لى وجهه فليتظر (قوله وعندهما لها قيمة) لانه ينتفع بها وطئا
واجارة واستخداما لان حق الحرية لا ينافى التقوم كالمدبر ولهذا اذا أسلمت أم ولد النصرانى تسعى ولابى
حنيفة قوله عليه السلام أعتقها ولدها وقضيته الحرية وزوال التقوم لكنه تقاعد عن افادة الحرية
لمعارض وهو قوله عليه السلام أيما أمة ولدت من سيدها فهى معتقة عن دبر منه أو قال من بعده ولا
معارض له فى زوال التقوم فيثبت بخلاف المدبر لان الاصل فيه ان ينعقد السبب بعد الموت اذ التعليقات
ليست باسباب فى الحال وانما تصير اسبابا عند وجود الشرط وانما قضينا بانعقاد السبب فى الحال
ضرورة فظهر أثر الانعقاد فى حرمة البيع خاصة والنصرانى يعتقد تقومها وقد أمرنا بتركه وما يدين كبيع
الخمر والخنزير ولانا حكمنا بمكاتبتها عليه دفعا للضرر عنهما اذ لا يمكن بقاؤها مملوكة له ولا اخراجها مجانا
ووجوب بدل الكتابة لا يحتاج فيه الى التقوم وجواز الانتفاع بها من لوازم الملك ولا كلام فيه ولان التقوم

ولا سعاية عليها للمنكر ولا سبيل للشر
عليها وقال ابو يوسف ومحمد ليس للمنكر
ان يستخدمها وله ان يستسعيها
فى نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل
لاحد عليها وذكر فى الاصل رجوع
أبى يوسف الى قول أبى حنيفة وانما
قيد بقوله وأنكر لانه لو أقر ضمن
لشريكه نصف قيمتها (وما لام
ولد تقوم فلا يضمن) أحد الشريكين
باعتاقها هذا عند أبى حنيفة
وعندهما لها قيمة ولكن قيمتها

بالاحراز على قصد التمول ولما استولدها تحولت صفتها الى ملك مجرد فصارت محرزة للنسب لا للتمول زيلعى ونهر (قوله ثلث قيمتها قنة) لانه بالاستيلاد فات منفعة البيع والسعاية وبقى منفعة الاستخدام والوطء منه بخلاف المدبر فان الفائت فيه منفعة البيع فقط لوجوب السعاية عليه بعد موت المولى اذا لم يخرج من الثلث (قوله له أعبد) جمع عبد وهو أحد ثلاثة وعشرين جمعا حموى ومنه يعلم ان ماذكره ابن مالك من قوله

عباد عبيد جمع عبد وأعبد * أعابد معبوداء معبدة عبد
كذلك عبدان عبدان اثبتن * كذاك العبدا وامددان شئت ان تمد

ليس مستوفيا لجموعه وأشار الشارح حيث أقحم لفظ ثلاثة الى ان الكلام على حذف مضاف وتقديره له ثلاثة أعبد فحذف المضاف وأقام المضاف اليه مقامه وفى كلام المصنف ايماء الى انه لا فرق فى الحكم بين ان تكون قيمة الاعبد متساوية أم لا أخذا من اطلاقه ومافى الدرر من تقييده بذلك تعقبه فى الشرنبلالية بأنه ليس هذا القيد لازما حكما انتهى فلو أبقى السيد الحموى المسئلة على اطلاقها غير مقيد لها بما اذا استوت قيمهم لكان أولى (قوله فى حال الصحة) بدليل قوله ولو فى المرض الخ حموى عن المفتاح (قوله أحدكما حر فخرج واحد ودخل آخر الخ) ولو طلق كذلك قبل وطء سقط ربع مهر من خرجت وثلاثة أثمان من ثبتت وثمن من دخلت يعنى اذا كان له ثلاث زوجات طلقهن قبل الوطء على الوجه المذكور فبالايجاب الاول سقط نصف مهر الواحدة منصفا بين الخارجة والثابتة فيسقط ربع مهر كل واحدة ثم بالايجاب الثانى سقط الربع منصفا بين الثابتة والداخلة فأصاب كل واحدة الثمن فسقط ثلاثة أثمان مهر الثابتة بالايجابين وسقط ثمن مهر الداخلة وانما فرضت المسئلة فى الطلاق قبل الوطء ليكون الايجاب الاول موجبا للبينونة فما أصاب الايجاب الاول لا يبقى محلا للايجاب الثانى فيصير فى هذا المعنى كالعتق درر ولا فرق فيه بين ان يكون مهرهن على السواء أم لا خلافا لظاهر تقييده فى الدرر بالمساواة ولهذا قال فى الشرنبلالية الكلام عليه كالكلام على قيمة العبيد فيما تقدم انتهى وأما الميراث لهن من ربع أو ثمن فللداخلة نصفه لانه لا يزاحمها الا الثابتة والنصف الآخر بين الخارجة والثابتة نصفان لعدم المرجح وعلى كل منهن عدة الوفاة احتياطا الا عدة الطلاق لعدم الدخول تنوير وشرحه فان قلت قياس مذهب الامام وأبى يوسف ان يسقط من مهر الداخلة ربعه وماسبق من سقوط ثمنه انما يلائم قول محمد ولهذا احتج محمد عليهما وألزمهما المناقضة كما فى الشرنبلالية قائلا والجواب عنها فى الفتح انتهى قلت أشار الزيلعى الى الجواب عن هذا حيث قال واما مسئلة الطلاق فقيل هو قول محمد واما على قولهما فلها ثلاثة أرباع مهرها ويسقط الربع الى آخره وهذا جواب بالمنع وله جواب آخر على فرض تسليم ان يكون ماذكر من سقوط ثمن المهر قول الكل يظهر به الفرق بين مسئلة العتق والطلاق فارجع اليه ان شئت (قوله بلا بيان) من عناه بالعتق أولا وثانيا قيد به لأن لم يخاصمه العبد فيه لانه لو بين شيئا عمل به أو خاصمه أجبر عليه فان بين الايجاب الاول فى الثابت بطل الثانى وان بينه فى الخارج أمر ببيان الثانى ولو بدأ به وبينه فى الداخل طولب ببيان الاول فان بينه فى الثابت أو الخارج عمل به ولو قال عنيت بالثانى الثابت عتق وتعين الخارج بالايجاب الاول نهر (قوله عتق ثلاثة أرباع الثابت) وهو الذى أعيد عليه القول زيلعى وفى قوله عتق مسامحة فان العتق لا يتجزأ بلا خلاف ويمكن ان يجاب عنه بما يأتى من جواب تجزئ الاعتاق حموى عن القهستانى ومحصل الجواب انه تسمح حيث عبر عن الاعتاق بالعتق (قوله ونصف كل من الآخرين) لان الايجاب الاول دائر بين الخارج والثابت فيتنصف كله بينهما ثم الايجاب الثانى دائر بين الثابت والداخل فيتنصف بينهما فالنصف الذى أصاب الثابت مشاع فما أصاب النصف الذى عتق بالايجاب الاول لغا وما أصاب النصف الفارغ وهو الربع بقى فعتق منه ثلاثة أرباعه وأما الداخل فعتق منه ربعه عند محمد لان هذا الايجاب لما

ثلث قيمتها قنة ويضمن لشريكه
سدس قيمتها قنة ولا سعاية عليها
ان مات أحدهما عنده خلافا لهما
فان جاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت
نسبه منه بالدعوة وعتق ولم يضمن
لشريكه شيئا من قيمته ولا سعاية
عليه عنده وعندهما يضمن نصيب
شريكه ان كان موسرا ويسعى له الولد
ان كان معسرا رجل (له) ثلاثة
(أعبد) دخل عليه اثنان (قال لاثنين)
فى حال الصحة (أحدكما حر فخرج) من
عنده (واحد) منهما (ودخل آخر)
وهو الثالث (وكرر) قوله وهو أحدكما
حر (ومات) المولى (بلا بيان عتق
ثلاثة أرباع) العبد (الثابت ونصف
كل من الآخرين) وقال محمد يعتق
ربع الداخل (ولو) كان القول
(فى المرض) أى مرض موته فان كان
له مال يخرج قدر العتق من الثلث
وذلك رقبة وثلاثة أرباع رقبة عندهما
وعند محمد رقبة ونصف رقبة أو لم يخرج
ولكن أجازه الورثة فالجواب كما ذكرنا
وان لم يكن له مال سوى العبيد ولم تجز
الورثة

أوجب عتق الربع من الثابت أوجبه من الداخل أيضا للتنصيف بينهما وهما يقولان المانع من عتق النصف يختص بالثابت ولا مانع فى الداخل فيعتق نصفه درر (قوله قسم الثلث على هذا) قال الكمال ولا يخفى ان الحاصل للورثة لا يختلف انتهى يعنى بحسب جعل سهام العتق ستة أو سبعة شرنبلالية (قوله فبلغت سهام العتق سبعة) يعنى بطريق العول لا يقال الاربعة لا تعول لانا نقول ذلك فى قسمة التركات لانه لا يجتمع فيها نصفان وربع حموى (قوله ويسعى فى أربعة) فصار ثلاثة أرباع الثابت الى ثلاثة أسباعه وذلك أقل من نصفه بنصف سبع نهر (قوله ومن الداخل سهم) وهو سدسه نهر (قوله ولا يسعى فى شئ خرجوا من الثلث أولا) لا خفاء ان تعميمهم نفى السعاية انما يتفرع على اعتبار صدور ماسبق من قوله لاعبده أحدكما حر فى صحته دون مرضه لما سيأتى فى كتاب الوصايا ان العتق فى المرض وصية ومحل نفاذها الثلث شيخنا (قوله عند أبى يوسف ومحمد) فما فى النهر من قوله واستشكل قول الثانى بعتق النصف وقوله بعتق ثلاثة الارباع مع قولهما بعدم تجزئ العتق فيه نظر لقصره الاستشكال على قول الثانى فاقتضى ان قول محمد غير مستشكل وليس كذلك (قوله لانه حينئذ ثبت ضرورة) ردّه بعض الطلبة بمنع الضرورة للانقسام لان الواقع ان كل من عتق منه البعض الذى ذكر لا يقر فى الرق بل يسعى فى باقيه حتى يخلص كله حرا فيمكن ان نقول بعتق جميع كل واحد عندهما ويسعى فى ذلك القدر فيتحد الحاصل على قولهما وقول أبى حنيفة غير انهم يستسعون وهم عبيد وعندهما يستسعون وهم أحرار والحاصل ان الضرورة أوجبت ان لا يعتق جميع واحد مجانا الا ان يعتق بعض فقط ثم يتأخر عتق الباقى الى اداء السعاية وردّ عليه بأنه لو عتق الكل من كل واحد ابتداء ثم يسعى وهو حر لزم ان يكون موجب قوله أحدكما حر اعتاق الاثنين وهو باطل وقد يدفع عنه بمنع كون الموجب ذلك بل عتق رقبة شائعة وانما عتق الكل من كل واحد منهما للضرورة التى اقتضت توزيعه نهر عن الفتح (قوله والبيع الخ) والايصاء والاجارة والتزويج والعرض على البيع والرهن كالبيع لان هذه التصرفات لا تصح الا فى الملك لا يقال الاجارة لا تختص بالملك لجواز اجارة الحر لانا نقول الاستبداد باجارة الاعيان على وجه يستحق الاجر لا يكون الا بالملك وهكذا نقول فى الانكاح ولا فرق بين ان يكون العتق المبهم مطلقا أو معلقا حتى تكون هذه التصرفات بيانا فيهما حتى اذا قال لعبديه اذا جاء غد فأحدكما حر فتصرف فى أحدهما شيئا من هذه التصرفات ثم جاء الغد عتق الآخر زيلعى وفرقوا فى المعلق بين البيان الحكمى والصريح بان الحكمى قد علمت انه يصح قبل الشرط بخلاف الصريح فانه لو قال قبل الشرط اخترت ان يعتق فلان ثم وجد الشرط لا يعتبر لانه اختيار قبل وقته والمراد بالبيع بيع أحدهما أما لو باعهما لم يكن بيانا لبطلان البيع لان أحدهما حر بيقين نهر (قوله وسواء مع القبض أو بدونه) يعنى فى الصحيح والفاسد حموى أما عدم اشتراط القبض فى الصحيح فما لا خلاف فيه وأما عدم اشتراطه فى الفاسد أيضا فعلى الصحيح شرنبلالية عن الفتح (قوله أو مشروطا بشرط الخيار) يعنى أو بدونه حموى (قوله والموت) أى موت أحدهما ولو بالقتل من المولى أو من أجنبى واذا أخذ المولى القيمة منه فبين العتق فى المقتول عتقا وكانت لورثته وينبغى ان يكون قتل العبد نفسه كذلك واحترز به عن قطع اليد فانه لا يكون بيانا غير ان المولى لو بين العتق فيه فالارش له فيما ذكره القدورى وقال الاسبيجابى للجنى عليه نهر (قوله والتدبير) والكتابة وتعليق عتق أحدهما بالشرط كالتدبير زيلعى واطلاق التدبير يدخل المقيد أيضا لان فيه تعليق العتق ولم يذكر الاستيلاد مع انه كذلك لانه مفهوم بالاولى نهر (قوله والتحرير) أى انشاؤه حتى لو ادعى انه عنى بقوله أعتقتك ما لزمه بقوله أحدكما حر صدق قضاء ولو لم يقل شيئا عتقا واطلاقه يعم المنجز والمعلق كقوله لاحدهما ان دخلت الدار فأنت حر نهر (قوله والهبة) وكذا الصدقة ولو بدون القبض ومافى الهداية من ذكر القبض فى جانب الهبة والصدقة وجرى عليه فى الدرر وقع اتفاقا زيلعى عن الكافى (قوله فى العتق المبهم) وفى الاختيار لو قال أحدكما حر فقيل أيهما نويت فقال لم أعن هذا عتق الآخر

(قسم الثلث) من العبيد بينهم (على هذا) بقدر سهامهم كما ذكرنا بيانه ان نقول حق الخارج فى النصف وحق الثابت فى الثلاثة الارباع وحق الداخل عندهما فى النصف ايضا فنحتاج الى مخرج له نصف وربع وأقله اربعة فحق الخارج فى سهمين وحق الثابت فى ثلاثة وحق الداخل فى سهمين فبلغت سهام العتق سبعة فيجعل ثلث المال سبعة لان العتق فى المرض وصية ومحل نفاذها الثلث واذا صار ثلث المال سبعة صار ثلثا المال أربعة عشر وهى سهام السعاية وصار جميع المال احدا وعشرين وماله ثلاثة أعبد فيصير كل عبد سبعة فيعتق من الخارج سهمان ويسعى فى خمسة ويعتق من الداخل سهمان ويسعى فى خمسة ويعتق من الثابت ثلاثة ويسعى فى أربعة فبلغت سهام الوصية سبعة وسهام السعاية اربعة عشر فاستقام الثلث والثلثان وعند محمد حق الداخل فى سهم فكان سهام العتق عنده ستة وتجعل كل رقبة ستة وسهام السعاية اثنى عشر وجميع المال ثمانية عشر فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى فى ثلاثة ومن الخارج سهمان ويسعى فى اربعة ومن الداخل سهم فيسعى فى خمسة فان قيل ينبغى ان يعتق كل واحد منهم ولا يسعى فى شئ خرجوا من الثلث او لا عند ابى يوسف ومحمد رحمهما الله لان الاعتاق عندهما لا يتجزأ فاذا ثبت فى بعضه ثبت فى كله قلنا الاعتاق عندهما لا يتجزأ اذا صادف محلا معلوما اما اذا ثبت بطريق التوزيع باعتبار الاحوال فلا لانه حينئذ ثبت ضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها ولا يعدو موضعها (والبيع) مطلقا سواء كان صحيحا أو فاسدا وسواء مع القبض أو بدونه او مشروطا بشرط الخيار (والموت والتدبير والتحرير) والهبة (بيان فى العتق المبهم

فاذا قال بعد ذلك لم أعن هذا عتق الاول أيضا وكذلك طلاق احدى المرأتين بخلاف مالو قال لاحد هذين على ألف فقيل له هو هذا فقال لا لايجب للآخر شئ والفرق ان التعيين فى الطلاق والعتاق واجب عليه فاذا نفاه عن أحدهما تعين الآخر اقامة للواجب أما الاقرار فلا يجب عليه البيان فيه لان الاقرار للمجهول لايلزم حتى لايجبر عليه فلم يكن نفى أحدهما تعيينا للآخر نهر (قوله لا الوطء بدون العلوق) مقتضاه انه مع العلوق يكون بيانا بالاتفاق وبه صرح البرجندى وصاحب المفتاح حموى (قوله وعندهما يتعين بالوطء) مطلقا ولو غير معلق وبه يفتى شرنبلالية عن البرهان والحاصل ان الراجح قولهما وانه لايفتى بقول الامام كما فى الهداية وغيرها لما فيه من ترك الاحتياط مع ان الامام ناظر الى الاحتياط فى أكثر المسائل بحر وجه مذهب الصاحبين ان الوطء لايحل الا فى الملك فصار الاقدام عليه دليل الاستبقاء كما اذا وطئ احدى المرأتين فى الطلاق المبهم وله ان الملك ثابت فيهما ولهذا كان له ان يستخدمهما وكان له الارش اذا جنى عليهما والمهر اذا وطئتا بشبهة لان العتق المبهم معلق بالبيان والمعلق بالشرط لاينزل قبله بخلاف وطء احدى الزوجتين لان المقصود منه الولد فيكون دليلا على الاستبقاء أما وطء الامة فلقضاء الشهوة لا لطلب الولد فلا يراد به الاستبقاء فصار كالاستخدام زيلعى وهل يثبت البيان فى الطلاق المبهم بالمقدمات ففى الزيادات لايثبت وقال الكرخى التقبيل كالوطء ولو طلق احداهما ينبغى ان لايكون بيانا نهر عن البحر والعجب من صاحب الدر المختار حيث جزم بان الطلاق لايكون بيانا ثم قال وهل التهديد بالطلاق كالطلاق كالعرض على البيع لم أره انتهى (قوله بيان فى الطلاق المبهم) ولابد ان يكون الطلاق بائنا أو قبل الدخول شرنبلالية عن الفتح أما لو كان رجعيا لايكون الوطء بيانا الطلاق الاخرى لحل وطء المطلقة الرجعية بحر قيد بالطلاق لان الموت لايكون بيانا فى الاخبار اتفاقا فلو قال لغلامين أحدكما ابنى أو قال لجاريتين احدا كما أم ولدى فمات أحدهما لايتعين الباقى للعتق ولا للاستيلاد لان الاخبار يصح فى الحى والميت بخلاف الانشاء حيث لايصح الا فى الحى تنوير وشرحه بقليل زيادة (قوله رق الذكر وعتق نصف الام والانثى) لان كلا من الام والبنت تعتق فى حال وهو ما اذا ولدت الغلام أولا الام بالشرط والبنت بتبعيتها لكونها حرة حين ولدتها وترق فى حال وهو ما اذا ولدت البنت أولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة وتسعى فى النصف وأما الابن فيرق فى الحالين درر لان ولادته شرط لحرية الام فتعتق بعد ولادته فلا يتبعها زيلعى (قوله فالقول للمولى مع يمينه) لانه ينكر شرط العتق زيلعى (قوله ويحلف على عدم العلم) لانه فعل الغير زيلعى (قوله وان نكل عتقت البنت والام) لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لانها نفع محض ولها عليها ولاية لاسيما اذا لم يعرف لها أب بخلاف ما اذا كانت كبيرة زيلعى (قوله وان نكل عتقت الام دون البنت) لان النكول حجة ضرورية فلا يتعدى ولا ضرورة فى غير المدعية هكذا قالوا وهذا يشير الى انها لو اقامت البينة يتعدى زيلعى (قوله والسادس الى قوله فتعتق البنت) يعنى اذا نكل زيلعى وقوله دون الام لما ذكرنا أى من ان النكول حجة ضرورية (قوله لغت الشهادة عند أبى حنيفة) أما الاولى فلان الشهادة على عتق العبد لاتقبل بلا دعوى العبد عنده ولا دعوى منه ههنا لكونه مجهولا واما الثانية فلان الدعوى وان لم تكن شرطا فى حق الامة لكن الشهادة على العتق المبهم مردودة كما فى أحد العبدين درر (قوله وان لم تكن الدعوى شرطا فى عتق الامة) ذكر فى الاشباه من كتاب القضاء ان ما تقبل فيه الشهادة حسبة بلا دعوى ثمانية أشياء ذكرها فى منظومة ابن وهبان وهى الوقف وطلاق الزوجة وتعليق طلاقها وحرية الامة وتدبيرها والخلع وهلال رمضان والنسب قال وزدت خمسة حد الزنا وحد الشرب والايلاء والظهار وحرمة المصاهرة والمراد بالوقف الشهادة بأصله لا بريعه انتهى (قوله وعندهما تقبل) والخلاف مبنى على ان العتق من حقوق العباد عنده فتتوقف الشهادة على دعوى العبد لافرق فى ذلك بين الحرية الطارئة أو الاصلية فى الاصح ولا تحقق لها من المملوك فلغت ومن حقوق الله تعالى عندهما فلم تتوقف وعتق الامة وان لم يتوقف على الدعوى اجماعا لما فيه

لا الوطء) بدون العلوق وعندهما يتعين بالوطء (وهو) أى الوطء (والموت بيان فى الطلاق المبهم) صورته اذا قال لامرأتيه احداكما طالق ثم ماتت احداهما أو وطئ احداهما قبل البيان صار بيانا بالاجماع فطلقت الثانية (ولو قال) لامته (ان كان أول ولد تلدينه ذكرا فأنت حرة فولدت ذكرا وأنثى ولم يدر الاول رق الذكر) أى يبقى رقيقا (وعتق نصف الام و) نصف (الانثى) هذه المسئلة على وجوه أحدها ان يوجد التصادق بعدم العلم بالمولود أولا والجواب ماذكرنا والثانى ان تدعى الام ان الغلام أول وأنكر المولى ذلك وقال البنت هى الاول والبنت صغيرة فالقول للمولى مع يمينه ويحلف على عدم علمه فان حلف لم يعتق أحد منهما الا ان تقيم الام البينة بعد ذلك على انها ولدت الغلام أولا وان نكل عتقت البنت والام والثالث ان يوجد التصادق بأولية الغلام فتعتق الام والبنت ويرق الغلام لانه لاحظ له من العتق بحال والرابع ان يوجد التصادق بأولية البنت فلم يعتق أحد والخامس أن تدعى الام أولية الغلام ولم تدع البنت شيئا وهى كبيرة فان المولى يحلف فان حلف لم يثبت شئ وان نكل عتقت الام دون البنت والسادس ان تدعى البنت وهى كبيرة أولية الغلام دون الام فتعتق البنت دون الام (ولو شهدا) على رجل (انه حرر أحد عبديه) بغير عينه أو شهدا انه أعتق عبده ولم يدع العبد (أو) أنه حرر احدى (أمتيه) بغير عين (لغت) الشهادة عند أبى حنيفة وان لم تكن الدعوى شرطا فى عتق الامة عنده وعندهما تقبل شهادتهما فيجبر المولى على البيان

من تحريم فرجها على المولى وهو خالص حقه تعالى فأشبه الطلاق الا ان العتق المبهم لايوجب تحريم الفرج عنده على مامر نهر (قوله الا أن تكون فى وصية) استثناء متصل يعنى لغت الشهادة فى كل الاحوال الا فى هاتين الحالتين ومافى البحر من انه منقطع ففيه نظر نهر (قوله ويجبر على البيان) فما فى الزيلعى وتبعه العينى من قوله ولو شهدا انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج على ان يطلق احداهن بالاجماع أى يجبر على ان يبين الطلاق المبهم فى احداهن هذا هو المراد (قوله فان شهدا انه أعتق أحد عبديه فى مرض موته الخ) هذا شرح وبيان لقوله الا ان تكون فى وصية (قوله والقياس ان لاتقبل) لجهالة المدعى وهو أحد العبدين مبهما درر وعزمى زاده واعلم ان للاستحسان وجهين أحدهما ان العتق فى المرض والتدبير مطلقا وصية والخصم فيها انما هو الموصى لانه حقه فكان مدعيا تقديرا وعنه خلف وهو الوصى أو الوارث والثانى ان العتق بالموت يشيع فيهما ولهذا يعتق نصف كل واحد منهما فصار كل واحد خصما وفى كل من الوجهين كلام يعلم بمراجعة النهر (فروع) شهدا بعتق سالم ولم يعرفوه عتق ولوله عبدان كل اسمه سالم وجحد فلا كشهادتهما بعتقه لمعينة سماها فنسيا اسمها أو بطلاق احدى زوجتيه وسماها فنسياها لم تقبل للجهالة در عن الفتح

(باب الحلف بالعتق)

كذا فى الهداية ووقع فى بعض نسخ المتن الدخول مكان العتق أى الحلف بالعتق معلقا بالدخول وما هنا أولى لكونه أوضح والمراد كما فى البحر ان يجعل العتق جزاء على الحلف بأن يعلق العتق بشئ قال فى النهر ولما كان التعليق مؤخرا فى السبب أخره وذكر التعليق بالولادة فى معتق البعض لبيان أنه يعتق منه البعض عند عدم العلم انتهى (قوله وسكون اللام وكسر اللام) فيه وقوع الظاهر موقع الضمير من غير نكتة حموى (قوله القسم) هذا باعتبار معناه اللغوى لا باعتبار المراد هنا فان المراد به التعليق حموى (قوله ومن قال) الواو زائدة والاولى اسقاطها وليست استئنافية كما فى القهستانى وقال العينى فى شرح الهداية انه تلقى من أفواه الاساتذة هذه تسمى واو الاستفتاح حموى (قوله ان دخلت الدار الخ) يعنى وهو من أهل التنجيز لما فى البرهان لو قال عبد أو مكاتب ما أملكه حر فعتق فملك عبدا فهو قن عنده لان من ليس أهلا لتنجيز العتق ليس أهلا لتعليقه وحكما بعتقه لان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده وقال الكمال فى باب التدبير لو قال العبد او المكاتب اذا أعتقت فكل مملوك أملكه حر فعتق فملك مملوكا عتق بخلاف مالو قال كل مملوك أملكه الى خمسين سنة فهو حر فعتق قبل ذلك فملك لا يعتق عند أبى حنيفة وقالا يعتق انتهى فليتنبه له شرنبلالية فأشار بقوله فليتنبه له الى ان الفرق بين المسئلتين اللتين ذكرهما الكمال يعسر حيث قال الامام بالعتق فى الاولى دون الثانية مع ان مقتضى ماذكره فى البرهان عدم العتق فيهما على ان ما علل به فى البرهان مشكل أيضا لانه لا تعليق فيما ذكره أصلا الا ان يكون المراد اذا أعتقت فكل ما أملكه حر بقرينة ماذكره من التعليل فما قيل من ان ما فى تدبير فتح القدير مثل ما فى البرهان غير سديد (تتمة) لا فرق بين كون التعليق بان او اذا او اذا ما او متى ما ولا بين كونه منجزا او معلقا قدم الشرط او اخره نهر وفيه نظر اذ فرض الكلام فى التعليق اللهم الا ان يراد بالمنجز المعلق بكائن حموى (فرع) قال لعبده ان لم تدخل اليوم الدار فأنت حر فمضى اليوم فقال العبد لم أدخل وقال المولى دخلت كان القول للمولى وان كان الظاهر شاهدا للعبد حموى عن ابن الحلبى ووجه شهادة الظاهر للعبد ان الاصل عدم الدخول (قوله فهو حر) كذا فى الهداية ولا حاجة الى تقدير لفظة فهو شرنبلالية (قوله عتق ما يملك بعده) سواء كان فى ملكه او تجدد ملكه له نهر فأفاد ان كلام المصنف متناول لمن كان فى ملكه قبل الحلف حيث بقى فى ملكه الى وقت الدخول اذ قوله ما يملك أى من هو فى ملكه بعده أعم من ان يكون

(الا ان تكون فى وصية وطلاق مبهم) بان شهدا انه طلق احدى نسائه تقبل الشهادة ويجبر على البيان اجماعا هذا اذا شهدا فى صحته انه اعتق احد عبديه فان شهدا انه اعتق احد عبديه فى مرض موته او شهدا على تدبيره فى صحته او مرضه واديا الشهادة فى مرض موته او بعد موته تقبل استحسانا والقياس ان لاتقبل ولو شهدا بعد موته انه قال فى صحته احدكما حر فلا نص فيه وقال بعض مشايخنا لاتقبل والاصح انها تقبل

(باب الحلف بالعتق)

الحلف بالفتح وسكون اللام وكسر اللام القسم وبكسر الحاء وسكون اللام العهد (ومن قال ان دخلت الدار فكل مملوك لى يومئذ) أى يوم اذ دخلت الدار فهو (حر عتق ما يملك بعده) أى بعد اليمين (به) أى بالدخول مطلقا

الملك فيه ثابتا قبل الحلف او تجدد بعده و به يستغنى عما ذكره السيد الحموى حيث قال أما ما ملكه قبله و بقى الى وقت الدخول فيعتق بالطريق الاولى انتهى لكن قال فى البحر ولو قال المصنف عتق ما هو مملوك له وقت الدخول لكان اظهر لان من كان فى ملكه وقت الحلف واستمر الى وقت الدخول لم يملكه بعد اليمين ملكا متجددا (قوله سواء كان ليلا اونهارا) لان اليوم أضيف الى الدخول وهو فعل لا يمتد فيراد به مطلق الوقت نهر وليس هذا بكلى حموى عن القهستانى (قوله لا يعتق الذى ملكه بعد اليمين) بل يقتصر على المملوك وقت التكلم فلو لم يكن فى ملكه شئ يوم حلف كانت اليمين لغوا نهر (قوله لا يتناول الحمل) لانه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الانفس لا الاعضاء وكذا لا يتناول المكاتب أيضا درر لانه ليس بمملوك مطلقا لانه مالك يدا قال فى البحر وقدمنا انه لا يدخل تحت لفظ العبد أيضا (قوله غيرك) انما قيد به لانه لو لم يقله دخلت الام فى لفظ كل مملوك فيعتق الحمل تبعا الامه وكذا لو قال كل مملوك لى حر وله حمل مملوك بطريق الوصية لا يعتق وكذا لا يعتق حمل أمته لو قال كل مملوك ذكر لى حر وان كان الحمل ذكرا والتقييد بالذكر للاحتراز عما لو أطلقه حيث تدخل الحامل فيه فيدخل الحمل تبعا فيعتق درر وقيد بالحمل لانه يتناول المرهون والمأذون والمؤجر من العبيد والاماء وأمهات الاولاد واولادهم ولا يدخل المكاتب ولا العبد المشترك ولا عبد عبد التاجر كالجنين الا بالنية وقال محمد يعتقون نواهم اولا وأما المديون فعند الامام لا يعتق ولا بالنية وقال الثانى يعتق بها وعند الثالث بدونها وفى المحيط المشترك لا يدخل تحت قوله ان ملكت مملوكا فهو حر الا اذا ملك النصف الآخر بعده ولو نوى الذكور فقط لم يصدق قضاء وان صدق ديانة بخلاف مماليكى كلهم أحرار ونوى الرجال فقط حيث لا يصدق فى الديانة أيضا والفرق كما فى النهر عن الفتح ان كلهم تأكيد للعام قبله وهو مماليكى لانه جمع مضاف فيعم وهو يرفع احتمال المجاز غالبا والتخصيص يوجب المجاز فلا يجوز بخلاف كل مملوك فان الثابت فيه أصل العموم فقط فقبل التخصيص انتهى وقوله كالجنين أى كعدم دخول الجنين تحت لفظ المملوك يعنى ولم تكن أمه فى ملكه بان اوصى له بالجنين فقط وما فى المجتبى من أنه لا يدخل العبد المرهون والمأذون فى التجارة سبق قلم بحر ولو قال لم أرد به المدبر فالمذكور فى أيمان الاصل انه لا يصدق ديانة وقضاء وذكر فى كتاب العتق انه يصدق ديانة لا قضاء وهو الصحيح حموى عن البرجندى (قوله فهو حر بعد غد) قيد بجعله ظرفا للحر لانه لو جعله ظرفا للملك كما اذا قال كل مملوك أملكه غدا فهو حر ولا نية له عتق من ملكه فى غد ومن كان فى ملكه قبل كذا فى البدائع وقصره الثانى على الاول وهو رواية ابن سماعة عن محمد وعلى هذا الخلاف اذا قال كل مملوك أملكه رأس شهر كذا فهو حر ورأس الشهر الليلة التى يهل فيها الهلال ومن الغد الى الليل للعرف نهر (قوله مذ حلف فقط) لان قوله كل مملوك لى للحال وكذا كل ما أملكه ولهذا يستعمل فيه بلا قرينة وفى الاستقبال بقرينة السين اوسوف فينصرف مطلقه الى الحال درر لكونه الحقيقة الموضوع لها اللفظ (قوله لا من ملكه بعد اليمين) فلا يعتق ولا يصير مدبرا من ملكه بعد اليمين (قوله ولكن بموته عتق فى الثانية من ملك بعده من ثلثه) فالحاصل ان من كان فى ملكه وقت اليمين مدبر مطلق ومن ملك بعدها مدبر مقيد فيعتقان بموت المولى عند أبى حنيفة ومحمد وأفاد بقوله من ثلثه انهما ان خرجا من الثلث عتق جميع كل منهما وان ضاق عنهما يضرب كل منهما بقيمته فيه وان كان على المولى دين مستغرق فانهما يسعيان فى جميع قيمتهما كما هو حكم المدبر بعد الموت بحر واعلم ان المراد بالاولى هى ما لو قال كل مملوك لى او أملكه فهو حر بعد غد والثانية هى ما لو قال كل مملوك لى او أملكه فهو حر بعد موتى ولما كان مقتضى قول المصنف يتناول من ملكه مذ حلف فقط عدم عتق المملوك بعد اليمين بموته أقحم الشارح لفظة الاستدراك (قوله أى كما عتق بعد الموت من كان وقت اليمين) يعنى من الثلث فان قلت حيث عتق كل من المملوك وقت الحلف والمملوك بعده بموت المولى من الثلث فلا فرق حينئذ بينهما فى الحكم قلت الفرق الذى أشار اليه المصنف بقوله يتناول من ملكه مذ حلف فقط هو جواز بيع المملوك

بعد

سواء كان ليلا اونهارا (ولو لم يقل يومئذ) والمسئلة بحالها (لا) يعتق الذى ملكه بعد اليمين (والمملوك لا يتناول الحمل) مطلقا حتى لو قال لامته كل مملوك لى غيرك حر لم يعتق حملها ولا فرق بين ان تلد لاقل من ستة اشهر اولا كثر ولو قال (كل مملوك لى او أملكه) فهو (حر بعد غد او بعد موتى يتناول من ملكه مذ حلف فقط) لا من ملكه بعد اليمين فيكون من ملكه فى المسئلة الاولى حرا وفى الثانية مدبرا (و) لكن (بموته عتق) فى الثانية (من ملك بعده) أى بعد اليمين (من ثلثه) أى ثلث ماله (أيضا) أى كما عتق بعد الموت من كان وقت اليمين

بعد الحلف قبل الموت لكونه مدبرا مقيدا بخلاف المملوك وقت الحلف حيث لا يجوز بيعه أصلا لكونه مدبرا مطلقا (قوله وقال أبو يوسف فى النوادر الخ) لان اللفظ حقيقة للحال كما مر فلا يتناول ما سيملكه فان قلت يلزم على قولهما الجمع بين الحقيقة والمجاز او تعميم المشترك على ما اختلفوا فى المضارع قلت هذا اذا كان بسبب واحد وأما باعتبار سببين مختلفين فلا يلزم ذلك فكلامه هذا ايجاب عتق وايصاء والايجاب لا يصح الا فى الملك او مضافا الى سببه والايصاء لا يصح الا فى الموجود عند الموت فبهذا الاعتبار صح هذا عينى وهذا أى عدم تناول الحلف من ملكه بعد اليمين اذا لم يكن له نية وأما اذا نوى فيتناول الكل لانه نوى التشديد على نفسه فيصدق زيلعى وأشار بقوله فى النوادر الى ان ما ذكره من عدم عتق من ملكه بعد اليمين ليس هو الظاهر من مذهب أبى يوسف فقد نص فى فتح القدير على انه بموته يعتق من كان فى ملكه وقت اليمين ومن ملك بعده أيضا فى ظاهر المذهب عن الكل شرنبلالية (فروع) حلف لا يعتق عبدا فكاتب او اشترى قريبا او اشترى العبد نفسه حنث * ان بعتك فأنت حر فباعه فاسدا اعتق وصحيحا لا ان دخلت دار فلان فأنت حر فشهد فلان وآخر انه دخل عتق وفى ان كلمته لا لانها على فعل نفسه ولو شهدا بنا فلان انه كلم أباهما جازت ان جحد وكذا ان ادعاه عند محمد وأبطلها الثانى درر وقوله فباعه فاسدا عتق مقيد بما اذا لم يقبضه المشترى قبل البيع فان قبضه لم يعتق نهر (خاتمة) قدمنا عن البحر ان المكاتب لا يدخل تحت العبد كعدم دخوله تحت المملوك وكذا لا يدخل تحته المدبرون ذكره ابن الشحنة فى شرح منظومة ابن وهبان فيفرق بين العبد والمملوك من هذه الجهة فالعبد لا يتناول الا من كان الرق فيه كاملا وهو القن بخلاف المملوك فانه شامل لكل من وجد فيه الملك اعم من ان يكون رقه كاملا او ناقصا لكن لا يتناول المكاتب كما سبق وكذا يفرق بينهما من وجه آخر وهو ان اسم المملوك يقع على الذكر والانثى بخلاف العبد حيث لا يقع الا على الذكر خاصة نص عليه ابن وهبان فى منظومته حيث قال

وفى كل عبد لى الذكور فقط حوى * وفى كل مملوك يعم و ينظر

قال ابن الشحنة الذكور مفعول حوى وفى البيت مسئلتان من النتف الاولى قال ان دخلت الدار فكل عبد لى حر فهذا اللفظ يقع على الذكران دون الاناث فاذا دخلها عتق كل عبد له دون الاماء والمدبرين وامهات الاولاد والمكاتبين وما فى البطون من الاجنة الا ان ينويهم * الثانية لو قال كل مملوك لى حر يقع هذا اللفظ على الذكور والاناث جميعا والظاهر انه أشار بقوله وينظر الى نظر ذكره فى الشرح على نظم الطرسوسى فانه أتى بلفظ عبيدى بالجمع والذى فى النتف بلفظ الافراد ولقائل ان يمنع ذلك ويفرق بين الجمع والافراد بان الجمع يغلب فيه المذكر على المؤنث والمملوك فى أصل اللغة يطلق على سائر الاملاك من عين وعقار وغيره الا انه يختص بالتعارف بالرقيق نص عليه الراغب فى مفرداته ويمكن ان يكون النظر فى تعميم النتف المملوك للذكر والانثى والذى يظهر لى والله اعلم ان العرف هو المعتبر فى باب الايمان فمراعاته تقتضى التسوية بين المملوك والعبد لانهما انما يطلقان عرفا على الذكران وان اعتبر وضع اللغة فينبغى أيضا تساويهما فى العموم فانه قال فى القاموس العبد الانسان حرا كان او رقيقا والمملوك والموضع يحتاج الى تحرير انتهى وقوله والمملوك معطوف على الانسان من قوله العبد الانسان فاشار الى ان العبد يطلق ويراد به الانسان مطلقا او يطلق ويراد به خصوص المملوك

(باب العتق على جعل)

أخره لانه خلاف الاصل نهر (قوله بالضم) ويفتح در (قوله ما جعل للعامل على عمله) وكذا الجعالة بتثليث الجيم نهر عن المغرب خلافا لما ذكره الجوهرى وتبعه فى العناية والدرر من تخصيص الكسر (قوله

وقال ابو يوسف فى النوادر يعتق الذى كان فى ملكه يوم حلف ولا يعتق الذى ملكه بعد اليمين ولو قال كل مملوك لى اذا مت فهو حر فهو على هذا الخلاف *
*(باب العتق على جعل) بالضم ما جعل للعامل على عمله والمراد هنا ما يكون عوضا عن العتق

حر عبده الخ) فيه ايماء الى ان العبد معين حتى لو لم يكن كذلك بان قال احد كما حر على الف والآخر بغير شئ عتقا مجانا وهذا اذا كان الكل له فلو كان له النصف فقط فقال له أنت حر على الف عتق نصفه بنصفها فان أجاز الآخر كانت بينهما عند الامام نهر (قوله فقبل العبد) فى مجلسه ان كان حاضرا أو مجلس علمه ان كان غائبا فان قبل فيه صح وان رد أو اعرض بطل والاعراض بالقيام أو بالاشتغال بعمل آخر ولم يقيد المصنف العتق بالاداء لانه يعتق قبله لانه ليس معلقا على الاداء بل على القبول وقد وجد ولا بد وان يقبل فى الكل فلو قال لعبده أنت حر بالف فقال قبلت فى النصف فانه لا يجوز عند أبى حنيفة لما فيه من الاضرار بالمولى وقالا يجوز و يعتق كله بالالف بناء على تجزئ الاعتاق وعدمه ولا خلاف ان ما لا يتجزأ كالطلاق والدم يكون القبول فى النصف قبولا فى الكل بحر ونهر بان قال ولى الدم لمن وجب عليه القصاص عفوت عنك بالف فقال قبلت فى النصف أو قال انت طالق بالف فقالت قبلت فى النصف (قوله والمال دين عليه) وجب بعد الحرية حتى صحت الكفالة به فلا يؤدى الى التنافى بخلاف بدل الكتابة لانه وجب مع المنافى لانه سعى وهو عبد زيلعى وكما تصح به الكفالة جاز ان يستبدل به ماشاء يدا بيد لانه دين لا يستحق قبضه فى المجلس بحر (قوله أنت حر على الف الخ) أو بعتك نفسك على كذا أو وهبت لك نفسك على ان تعوضنى كذا نهر (قوله لانه لو لم يقبل لا يعتق) لانه معاوضة من جانبه وان كان تعليقا من جانب المولى ولهذا لم يصح رجوعه عنه ولم يبطل بقيامه عن المجلس نهر وجاز ان يجب المال بمقابلة وان لم يملك بمقابلة ماسقط من حق المولى شيئا كما يجب بالخلع وان لم تملك المرأة شيئا بازاء ماسقط من حق الزوج وكما يجب بالصلح عن دم العمد زيلعى (قوله اذا كان معلوم الجنس) ويجبر المولى على قبول القيمة نهر (قوله ولا يضره جهالة الوصف) كالجودة والرداءة لانها يسيرة ولا جهالة النوع لانه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد عينى (قوله صار مأذونا فى التجارة) لانه حثه على أداء المال ولا يتمكن من ذلك الا بالاكتساب ولم يرد به الاكتساب بالتكدى لانه امارة الخساسة فتعين التجارة زيلعى مع انه لو اكتسب منه وأدى عتق نهر وهل يصح حجره لم أره وقد يقال انه لا يصح حجره لان الاذن له ضرورى لصحة التعليق بالاداء وقد يقال انه يصح لما انه يملك بيعه فيملك حجره بحر (قوله لا مكاتبا) لانه صريح فى تعليق العتق بالاداء وهو يخالف المكاتب فى عشرين مسئلة كما فى الدرذ كر منها فى التنوير تسعة حيث قال فلا يتوقف عتقه على قبوله ولا يبطل برده وللمولى بيعه قبل وجود شرطه وهو الاداء ولو باعه ثم اشتراه هل يجب قبول ما يأتى به خلاف وعتق بالتخلية بحيث لو مد يده للمال أخذه ولو أدى عنه غيره تبرعا أو امر غيره بالاداء فأدى لا يعتق لان الشرط أداؤه ولم يوجد كما لا يعتق لو قيد بدراهم فادى دنانير أو بكيس أبيض فادى فى اسود أو بهذا الشهر فدفع فى غيره أو حط عنه البعض بطلبه وأدى الباقى وكذا لو أبرأه أو مات المولى وأداه الى الورثة لعدم الشرط بل العبد باكتسابه للورثة كما لو مات العبد قبل الاداء فتركته لمولاه بل له أخذ ما ظفر به أو ما فضل عنده من كسبه ولو أدى من كسبه قبل التعليق عتق ورجع السيد بمثله عليه وتعلق أداؤه بالمجلس ان علق بان وباذا ولا يتبعه أولاده بخلاف المكاتب فى الكل وهو أى المال دين صحيح يصح التكفيل به بخلاف بدل الكتابة وهذه تمام العشرين ويزاد ما فى الذخيرة لو علقه بالف فاستقرضها ودفع لمولاه عتق ورجع الغريم على المولى لان غرماء المأذون أحق بماله حتى تتم ديونهم ولو استقرض الفين فدفع احداهما وأكل الاخرى فللغريم مطالبة المولى بهما لمنعه بعتقه من بيعه بدينه انتهى وما فى التنوير من ان العتق بالتخلية مما خالف فيه المكاتب مخالف لما سيأتى عن الزيلعى مما يفيد عتق المكاتب بالتخلية أيضا (قوله ان أديت الى ألفا فأنت حر) قيد الجواب بالفاء اشارة الى أنه ينجز عتقه اذا قاله بالواو أو لم يأت بحرف العطف لكونه ابتداء لا جوابا شرنبلالية عن البحر لكن يشكل بما ذكره قاضيخان أول باب التعليق من كتاب الطلاق لو قال لعبده أد الى ألفا وانت حر كان تعليقا انتهى (قوله ولكنه يقتصر على المجلس فى ان أديت) لانه بمنزلة التعليق بمشيئة العبد لتخيره بين الاداء

لو (حر عبده على مال فقبل) العبد (عتق) مذ قبل والمال دين عليه وذلك مثل ان يقول أنت حر على ألف أو بالف أو على ان لى عليك الفا أو على الف تؤديها أو على ان تعطينى الفا أو على ان تجيئنى بالف وانما قيد بقوله فقبل لانه لو لم يقبل لا يعتق واطلاق لفظ المال يتناول النقد والعرض والحيوان كالفرس والحمار مثلا وان كان بغير عينه وكذا الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس ولا يضره جهالة الوصف (ولو علق) عتقه (بادائه صار مأذونا) فى التجارة لا مكاتبا مثل ان يقول ان اديت الى الفا فانت حر أو اذا اديت أو متى اديت ولكنه يقتصر على المجلس فى ان اديت وعن ابى يوسف انه لا يقتصر كما فى التعليق بسائر الشروط حتى اذا باعه ثم اشتراه اجبره الحاكم على قبضه

والامتناع

والامتناع ولو قال ان شئت فأنت حر يتوقت به فكذا هذا بخلاف متى واذا فانهما للوقت زيلعى والحاصل ان تعليق الاداء بان يقتصر على المجلس وأما اذا ومتى فلا يقتصر على المجلس اتفاقا وقد نص عليه الشارح حيث شبه المختلف فيه بالمتفق عليه شيخنا (قوله ان أحضر المال عنده) أى عند أبى يوسف لكن لو قبض باختياره عتق عند الامام ومحمد بحر (قوله وعتق بالتخلية) بين المال والمولى بحيث لو مد يده اليه أخذه لانه نزل قابضا جبرا عليه وهذا هو معنى الاجبار على القبض فى سائر الحقوق نهر ومنه يعلم ان ماذكره السيد الحموى من ان قول الشارح وتفسير الاجبار صوابه وتفسير التخلية ساقط (قوله وتفسير الاجبار الخ) هذا اذا كان المال معلوما وان كان مجهولا بان قال اذا اديت الى دراهم فأنت حر لا يجبر على قبول المال لان مثل هذه الجهالة لا تكون فى المعاوضة زيلعى (قوله وفى قبض سائر الحقوق) كالثمن وبدل الخلع وبدل الكتابة وما أشبهها كما فى العناية (قوله ولو أدى البعض اجبر على القبول) وذكر شيخ الاسلام فى مبسوطه ان المولى لا يجبر على قبض البعض زيلعى (قوله وقال زفر لا يجبر على القبول فيهما) أى فيما لو أدى البعض أو الكل (قوله وهو القياس) لانه تعليق العتق بالشرط ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ فاذا كان تعليقا فلا يجبر على الحنث كما اذا علق بغيره من الشروط فاذا لم يقبل المولى لم يعتق لان لشرط أداء متصل بقبوله لمكان قوله الى فلا يتم بفعل العبد وحده بخلاف المكاتب لان الكتابة معاوضة والبدل فيها واجب فاحتجنا الى جعل المولى قابضا ليتخلص عن عهدة الوجوب ولنا ان هذا اللفظ تعليق باعتبار الصورة وباعتبار المقصود معاوضة زيلعى فاستفيد من قوله بخلاف المكاتب الخ ان القائل بالفرق بينه وبين المكاتب فى العتق بالتخلية انما هو زفر واما عند غير زفر فلا فرق فى العتق بالتخلية بينهما وكذا ما سبق عن العناية صريح فى ان المكاتب يعتق بالتخلية فظهر واتضح عدم الفرق بين المعلق عتقه على أدائه وبين المكاتب فى العتق بالتخلية خلافا لما سبق عن التنوير وان أقره فى الدر وقد راجعت البحر والنهر فلم أجد فيهما ما يقتضى الفرق بينهما فى ذلك وكذا كلامه فى الشرنبلالية يشير الى انه لا فرق بينهما فى العتق بالتخلية لانه ذكر الاحكام التى خالف فيها المكاتب ولم يذكر فيها العتق بالتخلية (قوله ولكن يرجع المولى عليه بمثله) كما لو أدى مغصوبا فاستحق (قوله ولو أدى من مال اكتسبه بعد التعليق لا يرجع) لانه مأذون له بالاداء منه وان فضل شئ فهو للمولى لانه كسب عبده زيلعى (قوله فالقبول بعد موته) ظاهره انه يعتق بالقبول بعد الموت من غير توقف على اعتاق أحد وهو قول البعض وله أصل فى الرواية وصحح المتأخرون انه لا يعتق بالقبول كما قدمنا ولا فرق فى المسئلة بين ان يؤخر ذكر المال أو يقدمه كان يقول أنت حر على ألف درهم بعد موتى كما فى غاية البيان وما فى الزيلعى وقاضيخان لو قال أنت حر على ألف درهم بعد موتى فانه يعتبر القبول فيه فى الحال متعقب بحر (قوله يعتبر بعد موته لا قبله) لان ايجاب العتق أضيف الى ما بعد الموت ولا يعتبر وجود القبول قبل وجود الايجاب بخلاف ما اذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول اليه فى الحال الا انه لا يجب المال لان الرق قائم والمولى لا يستوجب على عبده دينا الا ان يكون مكاتبا بخلاف ما اذا أعتقه على مال حيث يجب عليه لان الرق قد زال زيلعى (قوله ولكن لا يعتق الا باعتاق الوارث) أو الوصى او القاضى عند امتناع الوارث لان العتق تأخر عن الموت والعتق متى تأخر عن الموت لا يثبت الا باعتاق واحد من هؤلاء لانه صار بمنزلة الوصية بالاعتاق جزم به الاسبيجابى وقال ان الوارث يملك عتقه تنجيزا وتعليقا والوصى يملكه تنجيزا فقط ولو اعتقه الوارث عن كفارة يمينه جاز عن الميت لا عن الكفارة والولاء للميت لا للوارث بحر وقوله لا للوارث يحمل على ما لو كان للميت ابن و بنت والمعتق الابن (فرع) قال أنت حر بعد موتى بيوم لا يكون مدبرا ولا يعتق وان مضى يوم ولكن يكون وصية حتى يجب اعتاقه على الوارث والوصى حموى عن مبسوط صدر الاسلام (قوله على خدمته سنة) فلو لم يعين مدة كان عليه قيمة نفسه نهر وكذا لو جهلت در (قوله عتق فى الحال) لان على للمعاوضة ولان الاعتاق على شئ يقتضى وجود القبول لا وجود المقبول وفى ان خدمتنى

(وعتق) ان احضر المال عنده (وعتق بالتخلية) وتفسير الاجبار هنا وفى قبض سائر الحقوق ان العبد اذا احضر المال بحيث يتمكن المولى من قبضه وخلى بينه وبين المولى نزل قابضا وحكم بعتقه ولو أدى البعض أجبر على القبول ولكن لا يعتق مالم يؤد الكل وقال زفر لا يجبر على القبول فيهما وهو القياس ولو أدى من مال اكتسبه قبل التعليق عتق ولكن يرجع المولى عليه بمثله وان أدى من مال اكتسبه بعد التعليق لا يرجع عليه (وان قال) لعبده (أنت حر بعد موتى بألف) أو على ألف (فالقبول) أى قبول المال من العبد يعتبر (بعد موته) لا قبله ولكن لا يعتق الا باعتاق الوارث بخلاف المدبر لان عتقه متعلق بنفس الموت ولا يشترط اعتاق الوارث (ولو حرره على خدمته سنة فقبل عتق) فى الحال (وخدمه)

سنة فانت حر لا يعتق الا بالشرط فلو خدمه أقل أو عوضه عنها أو قال ان خدمتنى وأولادى فمات بعض أولاده لا يعتق لان ان للتعليق درر ودر (قوله أى لزمه خدمته سنة) المراد بالخدمة خدمة البيت على الوجه المتعارف بين الناس وبقيمتها أجرة المثل حموى عن البرجندى وقوله وبقيمتها أجرة المثل يعنى على قول من اوجب قيمة الخدمة وهو محمد وزفر كما يذكره الشارح وهل نفقته عياله لو فقيرا على مولاه فى المدة كالموصى له بالخدمة أو يكتسب للانفاق حتى يستغنى ثم يخدم كالمعسر بحث فى البحر الثانى والمصنف أى مصنف التنوير الاول در وصاحب النهر أقر ما بحثه فى البحر ونصه وسكتوا فى مسئلة الكتاب عن حكم نفقته ونفقة أولاده حيث لا مال له وهى حادثة الفتوى قال فى البحر وينبغى ان يقال انه يشتغل بالاكتساب للانفاق فان استغنى خدم المولى لانه الآن فى حكم المعسر فصار كما لو اعتقه على مال ولم يقدر عليه انتهى (قوله ولو مات المولى أو العبد الخ) ينبغى ان يكون المرض الذى لا يرجى برؤه كالعمى ونحوه كالموت نهر (قوله تجب قيمته) وتؤخذ منه أو من تركته (قوله وعند محمد تجب عليه قيمة خدمته سنة) قال فى الحاوى القدسى وبقول محمد نأخذ نهر قالوا وهذه الخلافية مبنية على خلافية أخرى هى ما لو قال لعبده بعت نفسك منك بهذه العين فهلكت العين تجب قيمة العبد عندهما وقيمة العين عند محمد درر لكن قال الكمال ولا يخفى ان بناء هذه على تلك ليس باولى من عكسه بل الخلاف فيهما ابتدائى شرنبلالية لمحمد انه معاوضة مال بغير مال لان نفس العبد ليست بمال فى حقه اذ لا يملك نفسه فصار كما لو تزوج امرأة على عبد فاستحق فانها ترجع عليه بقيمة العبد لا بقيمة البضع وهو مهر المثل ولهما انه معاوضة مال بمال لان العبد مال فى حق المولى وكذا المنافع صارت مالا بايراد العقد عليها فصار كما لو اشترى اباه بامة فهلكت قبل القبض أو استحقت فان البائع يرجع عليه بقيمة الاب لا بقيمة الامة زيلعى وفائدة الخلاف انما تظهر اذا اختلفت قيمة العبد وقيمة الخدمة عينى (قوله أعتقها بالف درهم) لم يقل على وكان الاولى ذكرها كما فى بعض نسخ الهداية ليفيد عدم الوجوب عند عدم ذكرها بالاولى وافاد بقوله وأبت ان لها الامتناع من تزوجه لانها ملكت نفسها بالعتق بحر (قوله مجانا) لانه لا يصح اشتراط بدل العتق على الاجنبى بخلاف الخلع والفرق كما فى الشرنبلالية عن الكمال ان الاجنبى فى الخلع كالمرأة لم يحصل لها ملك ما لم تكن تملكه بخلاف العتق فانه يثبت للعبد فيه قوة حكمية هى ملك البيع والشراء وغير ذلك ولا يجب العوض الا على من حصل له المعوض انتهى (قوله والمسئلة بحالها) يعنى أبت ان تتزوجه (قوله قسم الالف الخ) طريق القسمة ان تضم قيمة الامة الى مهر مثلها ويقسم عليهما الالف التى اشترطها الاجنبى فاما ان تتساوى القيمة ومهر المثل فيجب عليه نصف الذى سماه للمولى ويسقط عنه النصف واما ان يتفاوتا بان كانت قيمتها مثلا الفين ومهر مثلها ألف فيجب للمولى ثلثا الالف ويسقط ثلثها وهكذا لو كان قيمتها ثلاثة آلاف ومهرها ألف يجب ربع الالف شرنبلالية عن الفتح (قوله ما أصاب القيمة فقط) لانه لما قال عنى تضمن الشراء اقتضاء فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجب عليه حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل حصة ما لم يسلم له وهو البضع ولم يبطل البيع باشتراط النكاح لانه مقتضى صحة العتق عنه فيكون مدرجا فيه فلا يراعى فيه شرائطه بل شرائط المقتضى وهو العتق ولو أعتق أمته أو مدبرته أو مكاتبته على ان تزوجه نفسها فزوجته نفسها كان لها مهر مثلها عند أبى حنيفة ومحمد لان العتق ليس بمال فلا يصلح مهرا وعند أبى يوسف يجوز جعل العتق صداقا لانه عليه السلام أعتق صفية ونكحها وجعل عتقها مهرها قلنا كان عليه السلام مخصوصا بالنكاح بغير مهر فان أبت ان تتزوجه فعليها قيمتها فى قولهم جميعا وكذا لو أعتقت المرأة عبدا على ان يتزوجها فان فعل فلها مهرها وان أبى فعليه قيمته زيلعى مع شرنبلالية بخلاف أم الولد اذا أعتقها على ان تزوجه نفسها فانها اذا أبت لا سعاية عليها نهر عن الخانية (قوله فما أصاب القيمة سقط فى الوجه الاول الخ) لانه قابل الالف بالرقبة والبضع فيقسم عليهما فيجب عليه عوض ما سلم له دون غيره زيلعى والمراد

اى لزمه خدمته سنة (ولو مات المولى أو العبد قبل ان يخدمه سنة عليه عندهما وعند (تجب قيمته) محمد تجب عليه قيمة خدمته سنة وهو قول زفر كذا فى الجامع الصغير الحانى (ولو قال) لرجل (اعتقها بالف درهم) (على ان تزوجنيها) ففعل (فأبت) الامة (ان تتزوجه عتقت) الامة فى الحال (مجانا) ولا شئ على الآمر (ولو زاد عنى) بان قال اعتق أمتك هذه عنى على الف درهم والمسئلة بحالها (قسم الالف على قيمتها ومهر مثلها ووجب على الآمر (ما أصاب القيمة فقط) وما أصاب مهر المثل بطل عنه وانما قيد بقوله فأبت لانها لو تزوجت نفسها منه قسمت الالف على قيمة الامة ومهر مثلها فما أصاب القيمة سقط فى الوجه الاول وهو للمولى فى الوجه الثانى وما أصاب مهر المثل كان مهرا لها فى الوجهين

بالوجه الاول عدم زيادة عنى والثانى زيادتها (تتمة) أعتق عنى عبدا وانت حر فاعتق عبدا جيدا لا يعتق وفى أدالى يعتق لانه ادخال فى ملكه فيكون راضيا بالزيادة وأما العتق اخراج لان كسبه ملك للمولى در واستفيد من تعليله بان كسبه ملك للمولى ان كلامه خرج خطابا بالعبد المأذون أو نقول يثبت له الاذن ضمنا لانه فى معنى المعلق عتقه على الاداء وقد سبق فى المتن حيث قال ولو علق عتقه باداته صار مأذونا اه واستفيد أيضا ان عدم العتق لا يخص المخاطب بل الذى اعتقه المخاطب لا يعتق أيضا ولو قال لا يعتقان لكان أولى اما عدم عتق المخاطب فمن صريح كلامه اذ هو المراد من قوله لا يعتق دل عليه سياق قوله وفى ادالى يعتق واما عدم عتق الآخر فاستفيد من تعليله فى جانب الادخال فى ملكه بانه يكون راضيا بالزيادة فمفاده انه فى جانب الاخراج من ملكه لا يكون راضيا بها فتدبر (فرع) أنت حر وعليك ألف عتق مجانا تقدم متنا فى الخلع

(باب التدبير)

لما كان التدبير اعتاقا مقيدا او المقيد بمنزلة المركب والمركب بعد المفرد ناسب ذكر التدبير بعد العتق حموى عن المفتاح وقدمه على الاستيلاد لشموله الذكر والانثى نهر (قوله وفى الشرع الخ) ومافى الدر زمن انه شرعا يستعمل كل من لفظ التدبير والمدبر فى المطلق والمقيد والظاهر ان اشتراكه بينهما معنوى لان اللفظى يحتاج الى تعدد الوضع وهو خلاف الظاهر فلا يصار اليه بلا دليل رده فى الشرنبلالية بانه خلاف ظاهر كلام عامة ائمتنا حيث قصروه شرعا على المدبر المطلق فلم يستعملوه فى المقيد (قوله هو تعليق العتق الخ) والاضافة كاعتقتك بعد موتى كالتعليق نهر (قوله بمطلق موته) ولو معنى كان مت الى مائة سنة وغلب موته قبلها هو المختار لانه كالكائن لا محالة تنوير وشرحه وقال الكمال والمصنف أى صاحب الهداية كالمتناقض فانه فى النكاح اعتبره توقيتا وابطل به النكاح وهنا جعله تأبيدا موجبا للتدبير وأجاب فى البحر بانه اعتبره فى النكاح توقيتا للنهى عن النكاح الموقت فالاحتياط منعه تقديما للمحرم على المبيح لان النظر الى الصورة يحرمه والى المعنى يبيحه وأما هنا فنظر الى التأبيد المعنوى ولا مانع منه فالاصل اعتبار المعنى مالم يمنع مانع فلا تناقض ولهذا كان هو المختار وان كان الولوالجى جزم بانه ليس بمدبر مطلق تسوية بينه وبين النكاح شرنبلالية (قوله أو بمطلق موت رجل آخر) مخالف لما فى الدر حيث قال هو تعليق العتق بالموت سواء كان موته أو موت غيره لكن تعقبه فى الشرنبلالية بما فى البحر من قوله خرج بتعليقه بموته تعليقه بموت غيره كقوله ان مات فلان فانت حر فانه لا يصير مدبرا أصلا لا مطلقا ولا مقيدا فاذا مات فلان عتق من غير شئ انتهى (قوله لا يكون مدبرا) أى اصلا بل تعليقا بشرط وهذا بالنسبة للثانية واما الاولى فمعنى قوله لا يكون مدبرا أى مطلقا بل هو مدبر مقيد وكذا يكون مدبرا مقيدا لو علقه بموته وموت فلان حتى كان للورثة بيعه اذا مات قبل فلان ثم لو مات فلان قبله كان مطلقا كذا فى النهر وفيه تدبير الحمل وحده جائز كعتقه فان ولدت لاقل من ستة أشهر كان مدبرا والا فلا نهر (قوله فيجوز بيعه) أى قبل وجود الشرط لا بعده لا فرق فى عتقه بعد وجود الشرط بين المدبر المقيد والمعلق عتقه على شرط وانما الفرق من وجه آخر هو ان المدبر بقسميه يعتق من الثلث والمعلق عتقه بالشرط من كل المال نهر (قوله كاذا امت الى قوله دبرتك) هذا تمثيل للتدبير المطلق لانه علق عتقه بمطلق موته فيصير به مدبرا لانه صريح فيه ويوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت فيكون مدبرا مطلقا ولو نوى النهار دون الليل لا يكون مدبرا مطلقا لاحتمال ان يموت بالليل ولا فرق فى الحكم بين ان يكون التعليق باذا او متى أو ان وكذا لو قال اعتقتك بعد موتى أو انت عتيق أو معتق أو محرر بعد موتى وكذا ان مت فانت حر لانه تعليق بالموت وان كان كائنا لا محالة وكذا ان حدث بى حدث فانت حر لان الحدث يراد به

(باب التدبير) واعلم انه يقع من الحر البالغ العاقل على عبده كالعتق والتدبير هو فى اللغة ان ينظر الى ما تؤول اليه عاقبته وفى الشرع (هو تعليق العتق بمطلق موته) أى موت المولى وانما قال بمطلق موته لانه لو قيد موته بمرض كذا او بمطلق موت رجل آخر ويجوز بيعه لا يكون مدبرا خلافا لزفر (كاذا امت) كما يأتى فى هذا الباب (او) أموت او فانت حر او انت حر يوم أموت او انت حر

الموت وكذا أنت حر مع موتى لان اقتران الشئ بالشئ يقتضى وجوده معه فكان اثباتا للعتق فى حال وجود الموت وكذا لوقال فى موتى لان حرف الظرف اذا دخل على الفعل يصير شرطا كقوله أنت طالق فى دخولك الدار وكذا اذا ذكر مكان الموت الوفاة أوالهلاك لانه بمعناه ولايحتاج الى النية فى هذه الالفاظ لانها صرائح فيه فحاصله ان ألفاظه ثلاثة أنواع أحدها ان يصرح بالتدبير بان يقول دبرتك أو يضيف الحرية الى ما بعد موته كقوله انت حر بعد موتى والثانى ان يكون بلفظ التعليق كقوله ان مت فانت حر ونحوه من القران بالموت والثالث ان يكون بلفظ الوصية بان قال أوصيت لك برقبتك أو بعتقك لان العبد لايملك نفسه فكانت الوصية به وصية بالعتق وكذا لوأوصى له بثلث ماله لان رقبته من جملة ماله فكان موصى له بثلث رقبته وهو تمليك بعد الموت وتمليك العبد من نفسه اعتاق وعن الثانى فيمن أوصى لعبده بسهم من ماله انه يعتق بعد موته ولو بجزء لا اذ الجزء عبارة عن الشئ المبهم والتعيين فيه الى الورثة بخلاف السهم فانه السدس فكان سدس رقبته داخلا فى الوصية زيلعى ونهر وفى قول الزيلعى وكذا فى موتى لان حرف الظرف اذا دخل على الفعل يصير شرطا تسامح وانما هو بمعناه لانه لو كان شرطا لطلقت فى قوله لاجنبية أنت طالق فى نكاحك مع انها لاتطلق بحر (قوله عن دبر منى) بضم الباء وسكونها حموى عن المفتاح (قوله فلايباع) ولو جمع بينه وبين قن ينبغى ان يسرى الفساد الى القن نهر والمراد بيعه من غيره واما بيعه من نفسه أوهبته منه فاعتاق بمال أو بلامال حموى عن البرجندى ولو اراد ان يدبر عبده على وجه يملك بيعه يقول اذا مت وانت فى ملكى فانت حر يصير مدبرا مقيدا واذا مات وهو فى ملكه يعتق نهر عن الولوالجية وفيه عن الظهيرية لوقضى قاض بجواز بيعه نفذ وكان فسخا للتدبير حتى لوعاد اليه ومات على ملكه لم يعتق واستشكل بانه انما يبطل بالقضاء ما هو مختلف فيه وذلك لزوم التدبير لاصحة التعليق فينبغى ان يبطل وصف اللزوم لاغير انتهى (قوله ولايرهن) لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء من المالية بطريق البيع وهو ليس محلا للبيع كام الولد زيلعى (قوله وتنكح) أى المدبرة أى المولى يزوجها من انسان لان ملكه ثابت فيه بخلاف البيع ونحوه فانه يبطل حقه فيه عينى وذكر الضمير العائد على المدبرة نظرا للشخص بها (قوله وقال الشافعى يجوز بيعه) وغيره من التصرفات لما روى ان رجلا اعتق غلاما له عن دبر منه فاحتاج فاخذه النبى صلى الله عليه وسلم فقال من يشتريه منى فاشتراه نعيم بن عبد الله ولنا رواية ابن عمر أنه عليه السلام قال ان المدبر لايباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث ومارواه لايحتج به لانه يحتمل انه كان مدبرا مقيدا و يحتمل انه باع منفعته بان أجره والاجارة تسمى بيعا بلغة أهل المدينة لان فيها بيع المنفعة ويحتمل انه باعه فى وقت كان يباع الحر بالدين ثم نسخ بقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة زيلعى (قوله وقد يكون التدبير بلفظ اليمين) ومنه قول المصنف المتقدم اذا مت فانت حر حموى (قوله نحو ان يقول ان مت فانت حر الخ) اللف والنشر فى كلامه مرتب (قوله أوقال أوصيت لك الخ) ولوقال العبد لا اقبل فهو مدبر وليس له رده بحر (قوله وكذا لوقال ان مت فلاسبيل عليك لاحد يكون مدبرا) لم يقيده بالنية مع ان نفى السبيل كناية لا يعتق بها الا بالنية كما تقدم فى صدر الباب الا ان يكون قوله ان مت قرينة فلم تتوقف على النية حموى وفى النهر لو زاد ان شاء الله صح الاستثناء بخلاف مالوقال أنت حر بعد موتى ان شاء الله حيث لا يصح والفرق ان الاستثناء فى الاول من الامر وهو باطل وفى الثانى من الايجاب نهر وحموى عن الولوالجية وهو مشكل لان ماذكره من الفرق وهو ان الاستثناء من الامر باطل بخلافه من الايجاب صريح فى ان الاستثناء من الامر لا يصح امامن الايجاب فصحيح والذى فى البحر عن الولوالجى قال مريض اعتقوا فلانا بعد موتى ان شاء الله تعالى صح الايصاء بخلاف انت حر بعد موتى ان شاء الله تعالى حيث لا يصح والفرق ان الاستثناء فى الامر باطل وفى الايجاب صحيح انتهى ومنه يعلم ان قوله فى النهر والحموى ولو زاد ان شاء الله صح الاستثناء صوابه صح الايصاء فيلائم قوله والفرق ان الاستثناء فى الاول من الامر وهو

باطل

(عن دبر منى) اى بعد موتى (او)
أنت (مدبر أو دبرتك فلايباع ولا
يوهب) ولايرهن (و) لكن (يستخدم
ويؤجر وتوطأ) ان كانت أمة (وتنكح)
وقال الشافعى يجوز بيعه وهبته
وقد يكون التدبير بلفظ اليمين
والوصية نحو ان يقول ان مت فانت
حر أوقال أوصيت لك بعتقك او بثلث
مالى وكذا لوقال ان مت فلاسبيل
عليك لاحد يكون مدبرا

باطل لكن يبقى الاشكال من وجه آخر وهو ان قوله لاسبيل عليك لاحد ليس بامر والذى يظهر أن زيادة الاستثناء بعد قوله لاسبيل عليك لاحد لامحل لها هنا وانما محلها بعد قوله اعتقوا فلانا بعد موتى والظاهر ان التقييد بالمريض فى قول صاحب البحر مريض قال اعتقوا فلانا بعد موتى اتفاقى فلافرق فى الحكم المذكور بين الصحيح والمريض لان الامر باعتاقه بعد الموت يكون وصية بالعتق وان كان وقت صدور الامر صحيحا فلامعنى لتخصيص المريض به (قوله وبموته الخ) عطف على جملة لايباع وقدم المعمول على عامله ليفيد الحصر والتقدير بموته لابموت غيره احترازا عما لوعلق عتقه بموته وموت فلان فمات فلان فانه لا يعتق حموى لكن يصير مدبرا مطلقا كما قدمناه عن النهر فيعتق بموت السيد بخلاف ما اذا مات السيد قبل فلان حيث يبطل التدبير اصلا كما لوعلق عتقه على شرط فمات قبل وجود الشرط واعلم ان المراد بالموت مايعم الحكمى كلحاقه مرتدا در (قوله عتق) فى آخر جزء من حياة المولى در (قوله من ثلثه) ان لم تكن قيمته ازيد من ثلث تركته ويسعى فيما زاد من قيمته على ثلث تركته ان لم تجز الورثة فلوخرج من الثلث ثم هلكت التركة قبل ان تصل الى الورثة فلهم حق السعاية حموى عن البرجندى وان لم تخرج من الثلث يسعى بحسابه در واعلم انه يستثنى من وجوب السعاية على المدبر حيث لم يخرج من الثلث مالو ولدت المدبرة من سيدها كما فى التنوير ونصه ولو ولدت المدبرة من سيدها فهى ام ولده وبطل التدبير وعلله شارحه بان التدبير من الثلث والاستيلاد من الكل فكان اقوى (قوله أى من ثلث ماله) يوم موته لما رويناه ولانه وصية ونفاذها منه ولهذا لم يفترق الحال بين كون التدبير فى الصحة أوفى المرض الا اذا قال فى صحته أنت حر اومدبر ومات بلابيان فانه يعتق نصفه من جميع المال ونصفه من الثلث وفى الخانية يصح تدبير المحجور عليه بالسفه وبموته يسعى فى كل قيمته وفيها ان وصية المحجور عليه من الثلث جائزة فيطلب الفرق نهر واقره الحموى واقول هذا من صاحب النهر غفلة عما ذكره هو اول الباب حيث قال ولعل الفرق هو ان التدبير اتلاف الآن بخلاف الوصية فانها بعد الموت وله الرجوع قبله فلا اتلاف فيها انتهى (فرع) قتل المدبر سيده سعى فى قيمته كمدبر السفيه ولوقتلته ام الولد لاشئ عليها در عن الجوهرة وفيه عن الدرر من فصل الجناية على العبد المدبر اذا قتل مولاه خطأ سعى فى قيمته ولو عمدا قتله الوارث أواستسعاه فى قيمته ثم قتله انتهى (قوله أى لم يكن له مال سواه) وله وارث لم يجز التدبير حتى لولم يكن له وارث أوكان لكنه اجازه يعتق كله لانه فى حكم الوصية فيقدم على بيت المال و يجوز باجازة الوارث درر ولو كاتب مدبره فان خرج من الثلث عتق بالتدبير وسقطت عنه الكتابة وان لم يكن له مال غيره فان شاء سعى فى بدل الكتابة أوفى ثلثى قيمته عند الامام وقال الثانى يسعى فى الاقل منهما بلاخيار وقال الثالث يسعى فى الاقل من ثلثى البدل أوقيمته ولو كاتبه ثم دبره خير عند الامام بين ان يسعى فى ثلثى قيمته أوثلثى بدل الكتابة وقالا يسعى فى اقلهما عينا نهر عن الفتح (قوله وسعى فى كله لومديونا) لانه وصية ومحل نفاذها الثلث ولم يسلم للموصى له شئ الا اذا سلم للورثة ضعفه والدين مقدم على الوصية ولايمكن نقض العتق فيجب نقضه معنى برد قيمته عينى (قوله هذا اذا كان الدين مستغرقا) اعلم ان الدين المحيط بالتركة مانع من نفوذ الاعتاق والايقاف والوصية بالمال والمحاباة فى عقود العوض فى مرض الموت الا باجازة الداينين وكذا يمنع من انتقال الملك الى الورثة فيمتنع تصرفهم الا بالاجازة شيخنا عن الفوائد البدرية لابن الفرس وقوله فى مرض الموت يتعلق بجميع المذكورين قبله (قوله وان لم يكن فبقدر الدين) صورته اذا كانت قيمة العبد تسعين وعليه دين ثلاثون فانه يسعى فى الثلاثين و يسقط عنه عشرون و يسعى للورثة فى اربعين نص على ذلك فى البحر بقوله قيدنا بكون الدين مستغرقا لانه لوكان الدين أقل من قيمته فانه يسعى فى قدر الدين والزيادة على الدين ثلثها وصية و يسعى فى ثلثى الزيادة كذا فى شرح الطحاوى انتهى (قوله ثم الثلثين) أى ثم يسعى فى قدر الثلثين من قيمته بعد الدين للورثة و يسقط عنه الثلث بعد الدين شيخنا (قوله ثم قد اجمل القيمة) فيه ان المصنف لم يذكر القيمة حتى يقال انه اجمل

(وبموته عتق) المدبر كله (من ثلثه)
أى من ثلث ماله (و) لكن (يسعى
فى ثلثيه لو) كان المولى (فقيرا)
أى لم يكن له مال سواه بعد موته (و) سعى
فى (كله لو) كان المولى (مديونا) هذا
اذا كان الدين مستغرقا لماله وان لم
يكن فبقدر الدين ثم الثلثين ثم قد
اجمل القيمة ولم يبين انه يسعى فى قيمته
قنا أو مدبرا قيل انه يسعى فى قيمته
مدبرا

فيها اللهم الا ان يقال اجل فى القيمة المقدرة بدلالة الاقتضاء حموى (قوله وذكر محمد الخ) ذكره هذا استدلالا على انه انما يسعى فى قيمته مدبرا شيخنا (قوله اذا دبر السفيه) يعنى المحجور عليه بالسفه وتقدم الكلام عليه وعلى وجه الفرق بين تدبيره ووصيته (قوله وليس عليه نقصان التدبير) أى ما نقص من قيمته بسبب التدبير حموى (قوله كالمصلح) تمثيل للنفى لا للمنفى حموى (قوله وقيل يقوم فائت المنافع الخ) قال الكمال وهو حسن عندى حموى (قوله وقيل نصف قيمته لو كان قنا) قدم الشارح فى باب العبد يعتق بعضه ان الفتوى عليه وسيأتى من الشارح كلام يتعلق بقيمة المدبر فى باب البيع الفاسد حموى وفى الدرر قيمة المدبر المطلق نصف قيمته لو كان قنا والمقيد يقوم قنا (قوله وقيل ثلثا قيمته) قال فى البحر وقدمنا ان المفتى به ان قيمة المدبر ثلثا قيمته قنا واختار الصدر الشهيد انها النصف وفى الولوالجية وهو المختار ونقل فى النهر عند قول المصنف عند الموسرين ان قيمة المدبر عند الشهيد ثلثا قيمته قنا وبه يفتى انتهى فقد اختلف النقل عن الصدر الشهيد واختلف الترجيح أيضا (قوله ويباع العبد الخ) شروع فى الكلام على المدبر المقيد ووجه جواز البيع ان الموت على تلك الصفة ليس كائنا لا محالة فلم ينعقد سببا فى الحال واذا انتفى معنى السببية لتردده بين الثبوت والعدم بقى تعليقا كسائر التعليقات فلا يمنع البيع ونحوه قبل وجود الشرط درر (قوله ان مت من مرضى الخ) أو ان مت وغسلت أو كفنت أو دفنت أو ان مت أو قتلت فأنت حر وهذا فى الاخير قول الثانى وجعله زفر من المطلق قال فى الفتح وهو أحسن لانه تعليق بمطلق موت المولى معنى كيف ما كان نهر (قوله فهو مدبر) أى مطلق بقرينة قوله وقيل هذا مقيد أيضا حموى والاول هو المختار لانه اذا كان فى الغالب لا يعيش اليه يصير كالكائن لا محالة زيلعى وسبق (قوله أو أنت حر بعد موت فلان) كذا فى الدرر والتنوير وظاهره انه مدبر مقيد ورده فى البحر بما فى المبسوط وغيره من انه ليس تدبيرا بل تعليقا حتى لو مات فلان والمولى حى عتق من كل المال ولو مات المولى أولا بطل التعليق فان قلت انما ذكره المصنف فى التدبير المقيد لمساواته لحكمه فى جواز البيع والعتق بالموت قلت بينهما فرق من جهة اخرى وهو ان المدبر بقسميه يعتق من الثلث والمعلق عتقه بشرط غير المولى يعتق من جميع المال اذا وجد الشرط كما سبق واعلم ان ما وقع للعينى حيث علل المسئلة بقوله لانه ليس بمدبر مطلق الخ يبتنى على ما توهمه من انه من قبيل المدبر المقيد وذكر فى النهر ان عبارة أصله الوافى أو ان مات فلان أو انا فالظاهر ان الاصل فى عبارة المصنف هكذا أو انت حر بعد موتى أو موت فلان فتحرفت انتهى (قوله ان مات فلان أو مت) يعنى اذا ردده بين موته وموت فلان حموى (قوله أو اذا مت) أى أو مات فلان كما فى الكافى ومقصود الشارح انه لا فرق بين ان واذا حموى (قوله أو قال قبل موتى بشهر أو بيوم) يعنى رجل صحيح قال لعبده هذا الكلام ثم مات بعد شهر قال بعضهم يعتق من ثلث ماله وقال بعضهم يعتق من جميع ماله وهو الصحيح لان العتق على قول أبى حنيفة يستند الى أول شهر قبل الموت وهو كان صحيحا فى ذلك الوقت كذا فى الخانية ثم قال ولو مات قبل شهر لم يعتق لانه مدبر مقيد والقيد لم يوجد ولو قال أنت حر بعد موتى بشهر فمات بعده لا يعتق بالموت لعدم الاهلية بل يعتقه الوصى أو الوارث أو القاضى درر وقوله بل يعتقه الوصى أى بعد مضى المدة شرنبلالية والراجح انه مدبر مقيد قبل مضى الشهر وبعده خلافا لما قيل من انه بعد مضى الشهر مدبر مطلق ويتفرع عليه ما جزم به فى البدائع من انه اذا مضى شهر قبل موت المولى يجوز بيعه قال فى الشرنبلالية وهو الصحيح واعلم ان جواز بيعه مقيد بما اذا عاش المولى بعد البيع أكثر من شهر شرنبلالية تفقها وقواه شيخنا بانه اذا عاش بعد البيع أقل منه لم ينتف المحل للعتق فيظهر انه باع حرا ثم اعلم ان ما وقع فى الدرر من تقييده المسئلة بموته بعد مضى شهر ليس احترازيا فالحكم لا يختلف بين موته بعد مضى شهر او قبله ولهذا قال فى الشرنبلالية لفظة بعده زائدة لا حاجة اليها (قوله وقال زفر لا يباع ويكون مدبرا) أى مطلقا الظاهر ان خلاف زفر فى الاخيرة حموى وهذا ظاهر فى عدم مراجعته الزيلعى ذلك الوقت والا لما

وذكر محمد فى كتاب الحجر اذا دبر السفيه ثم مات يسعى الغلام فى قيمته مدبرا وليس عليه نقصان التدبير كالمصلح اذا دبر ومات وعليه ديون وقيل يقوم فائت المنافع التى تفوت بالتدبير والية اشار محمد وقيل نصف قيمته لو كان قنا وقيل ثلثا قيمته (ويباع) العبد (لو قال ان مت من مرضى) هذا (أو سفرى) هذا أو من مرض كذا (أو) قال ان مت (الى عشر سنين) أو قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه غالبا فهو مدبر أيضا قيد به لانه لو قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه غالبا فهو مدبر أيضا وقيل هذا مقيد أيضا فيجوز بيعه (أو أنت حر بعد موت فلان) أو قال ان مات فلان أو مت أو اذا مت أنا أو قال قبل موتى بشهر أو بيوم وقال زفر لا يباع ويكون مدبرا

توقف فى ذلك ونص عبارة الزيلعى ومن المقيد ان يقول انت حر قبل موتى بشهر او بيوم ومضى الشهر أو اليوم فهو مقيد حتى يملك بيعه وقال زفر لا يملك لانه مطلق للتيقن به قلنا احتمال موته قبل الشهر كان قائما وقت اليمين فصار مقيدا فلا يتغير بعد ذلك بمضى الشهر أو اليوم ولان المدبر هو الذى يعتق بموت مولاه وهذا يعتق قبله الخ (قوله ويعتق العبد كما يعتق المدبر من ثلثه ان وجد الشرط) أى فى المدبر بقسميه والمعلق عتقه بشرط غير موت المولى ومنه قول المصنف أنت حر بعد موت فلان يعتق من جميع المال اذا وجد الشرط ويبطل التعليق بموت المولى قبل وجود الشرط كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر فمات المولى قبل الدخول شيخنا والتقييد بغير موت المولى فى المعلق عتقه بشرط لا يضاح الفرق بين المدبر بقسميه وبين المعلق عتقه بشرط فالمعلق عتقه على موت المولى يندرج تحته المدبر بقسميه لانه ان علق عتقه على مطلق موت المولى فهو المدبر المطلق وان علق عتقه على موت المولى وشئ آخر فهو المدبر المقيد ومن المقيد ما اذا قال أنت حر بعد موتى وموت فلان فان مات فلان قبل المولى فحينئذ يصير مدبرا أى مطلقا هكذا يتعين فهم عبارة المبسوط وان كان سوق كلام البحر يوهم ان المعلق عتقه على موت المولى وموت فلان لا يكون مدبرا أصلا وسبق عن النهر التصريح بانه اذا مات فلان قبله كان مطلقا والحاصل ان المدبر المطلق والمقيد لا بد وان يكون عتقه معلقا بموت المولى اما مطلقا أو مقيدا بشئ آخر من وصف أو نحوه اما المعلق عتقه على شرط فلا دخل لموت المولى فى التعليق أصلا والى هذا وقعت الاشارة بتقييد الشرط بكونه غير موت المولى فافهم (قوله ان وجد الشرط) نبه بذلك على انه لا بد ان يموت فى سفره هذا أو مرضه أو فى المدة المعينة فلو أقام أو صح أو مضت المدة ثم مات لم يعتق لبطلان اليمين قبل الموت بحر (قوله ولو قال من مرضى هذا فهو حر لا يعتق) انظر كيف تفهم هذه المسئلة ثم وجد فى نسخة ابن المصنف زيادة قوله فقتل قبل قوله لا يعتق وقد استقام الكلام ومثل ما فى نسخة ابن المصنف فى البحر والتنوير ونص عبارة التنوير مع شرحه قال ان مت من مرضى هذا فهو حر فقتل لا يعتق بخلاف ما لو قال فى مرضى ففرق بين من وفى انتهى ولم يذكر وجه الفرق وكذا لم يذكره فى البحر أيضا وكانه لوضوحه وهو ان شرط عتقه اذا قال من مرضى هذا فقتل لم يوجد وهو ان يكون موته ناشئا عن هذا المرض بان يكون المرض هو المؤثر فى الموت ضرورة كون من للسببية بخلاف فى فانه ليس فيها ما يقتضى ذلك (قوله قال محمد هو مرض واحد) أى ما ذكر من الحمى والصداع وينظر وجه كونهما مرضا واحدا فان المذكور فى كتب الطب انهما مرضان حموى (قوله ثم جن ومات مجنونا لا يبطل) وان كان فى التدبير معنى الوصية (قوله ولو أوصى برقبته ثم جن الخ) والفرق ان التدبير اشتمل على معنى التعليق والتعليق لا يبطل بالجنون ولهذا لا يبطل بالرجوع ولا كذلك الوصية ولهذا جاز تدبير المكره ولا تجوز وصيته بحر عن الظهيرية والحاصل ان التدبير كالوصية الا فى ثلاث اذا دبر ثم جن لا يبطل بخلافها الثانية لا يبطل التدبير بالرجوع بخلافها الثالثة دبر مع الاكراه يصح بخلافها اشباه وتنوير قال فى الدر ويزاد مدبر السفيه ومدبر قتل سيده انتهى ووجه المخالفة بالنظر للسفيه ان تدبير السفيه لو كان كالوصية لوجبت السعاية عليه فيما زاد على الثلث مع انه يسعى فى كل القيمة وبالنظر للقتل ان اعتباره بالوصية يقتضى بطلان التدبير مع انه لا يبطل بل يسعى فى قيمته (قوله ثلاث خيارات فى الموسر) هى التضمين والتدبير والاستسعاء (قوله واثنان فى المعسر) هما التدبير والاستسعاء

(باب الاستيلاد)

وهو يحصل بشيئين احدهما ان يدعى السيد ولد امته قنة كانت الامة أو مدبرة الثانى ان يملك الزوج زوجته الامة التى ولدت منه فانه يفسد النكاح وتصير ام ولد بلا دعوة ووجه آخر عند زفر وهو ان يستولدها بالزنا ثم يملكها تصير ام ولد له وهو القياس وفى الاستحسان لا تصير وهو قول علمائنا

(ويعتق) العبد كما يعتق المدبر من ثلثه (ان وجد الشرط) ولو قال ان مت من مرضى هذا فهو حر فقتل لا يعتق بخلاف ما لو قال فى مرضى ولو قال ان مت من مرضى هذا وله حمى فتحول صداعا أو على عكسه قال محمد هو مرض واحد ولو دبر عبده ثم جن ومات مجنونا لا يبطل ولو أوصى برقبته ثم جن ومات مجنونا يبطل فلو دبره أحد الشريكين فللساكت عند أبى حنيفة ثلاث خيارات فى الموسر واثنان فى المعسر كما مر فى العتاق (باب الاستيلاد)*

الثلاثة حموى عن البرجندى وظاهره انه لا يشترط تصديق مولاها وظاهر ما فى الشرنبلالية انه شرط ونصه ملك من أقربائه ومية ولدها من زنا وصدقه مولاها لم تصر ام ولده عندنا وهو استحسان والقياس ان تصير وهو قول زفر بدليل انه لو ملك الولد عتق عليه بلا خلاف بين أصحابنا كما فى البدائع انتهى فيحمل ما فى البرجندى على ما اذا وجد التصديق (قوله هو فى اللغة طلب الولد) أى مطلقا وأم الولد تصدق لغة على الزوجة وغيرها ممن لها ولد وان لم يكن ثابت النسب شرنبلالية عن الفتح (قوله طلب الولد من الامة) ولو مشتركة أو ثبت له الملك فيها ما لا كما لو ولدت بنكاح ثم ملكها أو وطئ الاب جارية ابنه فولدت فادعاه الاب فانها تصير أم ولده ويثبت النسب كما مر فلهذا لم يضف الامة الى نفسه كما فى الدرر لعدم شموله للمشتركة ولما يلزم عليه من الجمع بين الحقيقة والمجاز بالنظر للمملوكة بعد الاستيلاد بالنكاح وان اجيب عنه بأن التقييد بأمته نظرا الى الغالب وحملا لحال المسلم على الصلاح (قوله فهو من الاسماء الغالبة) الغلبة عبارة عن قصر اللفظ العام على بعض افراده فى الاستعمال حموى (قوله الملك كامل) بنصب الملك على انه اسم ان ورفع كامل على انه الخبر وجملة فى المدبر وأم الولد يتعلق بالملك وكذا يقال فى قوله والرق ناقص بنصب الرق ورفع ناقص خلافا لما ذكره السيد الحموى من ان الصواب نصب كامل وناقص على الحال فانه سهو وظاهر مبناه توهم ان جملة فى المدبر وام الولد هى الخبر وليس كذلك قيل و يجوز ان يكون اسم ان ضمير الشان محذوفا والملك كامل خبران وفى أم الولد متعلق بكامل كما خرج عليه ان من أشد الناس عذابا المصورون (قوله ولدت أمة) ولو مدبرة غير ان التدبير بطل على ما مر ومقتضاه عدم صحته بعد الاستيلاد الا ان المسطور فى المحيط صحته واطلاقه يفيد انه لا فرق بين كون الولادة من جماع أو استدخال منيه نهر (قوله من السيد) بأن اعترف به فسقط ما قيل ان فى العبارة قصورا لان المدار على ثبوت النسب منه وولادتها منه لا تستلزمه على انا لا نسلم كون المدار على ثبوت النسب بل على مجرد الدعوة ثبت النسب معها أولا لما نقلوه من انه لو ادعى نسب ولد أمته التى زوجها من عنده فان نسبه انما يثبت من العبد لا من السيد وصارت أم ولده لاقراره واطلاقهم يعم الذمى والمرتد والمستأمن وما لو ولدت منه حال كونها زوجته أو موطوءة بشبهة ثم ملكها بعد قال فى البحر ولو قال حملت لكان أولى لما فى البدائع لو قال حملها منى صارت أم ولده وكذا لو قال هى حبلى منى أو ما فى بطنها من ولد فهو منى ولا يقبل منه انه كان ريحا ولو صدقته وقيده فى النهر بما اذا وضعته لاقل من ستة أشهر من وقت الاعتراف فان ولدته لاكثر لا تصير أم ولده استدلالا بما ذكره الزيلعى حيث قال لو اعترف بالحمل فجاءت به لستة أشهر من وقت الاقرار لزمه للتيقن بوجوده وقت الاقرار الخ ودخل تحت عموم قوله بأن اعترف به ما لو صدر منه الاعتراف فى مرض موته لكن قال فى الشرنبلالية اذا لم يكن معها ولد ولا بها حمل منه تعتق من الثلث باقرار المريض كما فى البحر انتهى فقولهم أم الولد تعتق من جميع المال بموت المولى ليس على عمومه بل يستثنى منه ما لو ثبتت اموميه ولدها بمجرد اقراره فى مرض موته وفى القنية متى ولدت الامه من سيدها صارت أم ولد فى نفس الامر وانما تشترط دعوته للقضاء ولهذا يصح استيلاد المجنون والمعتوه مع عدم الدعوة منهما انتهى حموى عن البرجندى قال ومنه يعلم سقوط ما استشكله فى البحر من انه لا يتصور الدعوة من المجنون ووجه السقوط ان صيرورتها أم ولد لا تتوقف على الدعوة و يظهر عدم الحاجة الى ما أجاب به فى النهر من انه يمكن ان تكون الدعوة من وليه كعرض الاسلام قال وظاهر ان هذا الجواب لا يصح للفرق الظاهر بين عرض الاسلام والدعوة اذ فى الدعوة تحميل النسب على الغير وهو لا يجوز انتهى (قوله لم تملك) بالتشديد يشير اليه قول الزيلعى أى لا يجوز تمليكها و يغنى عن تأويل المحقق لم تملك أى ملكا بعد ملك سيدها فلا يرد انها ملك لسيدها شيخنا ولو قضى قاض بجواز بيعها لم ينفذ فى أظهر الروايات ولو ملكها بسبى بعد ارتدادها فهى ام ولد بخلاف المدبر نهر وفى بعض النسخ ذكر بدل قوله بسبى بسبب والمعنى لا يختلف واعلم ان عتق أم الولد يتكرر بتكرر الملك كعتق المحارم يتكرر بتكرر الملك وتفسيره

فى اللغة هو طلب الولد مطلقا
وفى الشرع هو طلب الولد من الامة
فهو من الاسماء الغالبة والمناسبة بين
البابين ان فى المدبر وأم الولد الملك
كامل والرق ناقص (ولدت أمة من
السيد لم تملك) الامة وهو قول عامة
الصحابة وبه قال جمهور الفقهاء

اذا

اذا أعتق أم ولده وارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فاشتراها المولى فانها تعود أم ولد وكذلك لو ملك ذات رحم محرم منه وعتقت عليه ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فاشتراه اعتقت عليه ثانيا وثالثا حموى عن قاضيخان ومقتضى قوله فى النهر بخلاف المدبر اذا ارتد ولحق بدار الحرب فسبى فاشتراه المولى لا يعود مدبرا (قوله وقال بعض العلماء وأصحاب الظواهر الخ) حكى عن أبى سعيد البردعى شيخ الكرخى انه خرج حاجا من بردعة فوصل يوم الجمعة بغداد فرأى بعد صلاة الجمعة قوما جلسوا للنظر وفيهم داود فسأله حنفى عن بيع أم الولد فقال يجوز بيعها لان بيعها كان جائزا قبل العلوق بالاجماع فنحن على هذا الاجماع حتى ينعقد اجماع آخر لان ما ثبت بيقين لا يزول الا بيقين مثله فتحير الحنفى فانه لا يقبل القياس وخبر الواحد لا يوجب اليقين فقال أبو سعيد اجمعنا على عدم جواز بيعها بعد العلوق لان فى بطنها ولدا حرا فنحن على هذا الاجماع حتى ينعقد اجماع آخر فتحير داود وانقطع فلما رأى وهنه ووهن أصحابه فى الفقه ترك الخروج الى الحج وجلس للتدريس فاجتمع عليه أصحاب داود وكان على ذلك حتى سمع له مناديا يقول فاما الزبد فيذهب جفاء واما ما ينفع الناس فيمكث فى الارض فما لبث ساعة أن قرع انسان بابه وأخبره بموت داود فاستقر أمره بعد ذلك زيلعى والبردعى بفتح الباء الموحدة وسكون الراء وفتح الدال المهملة وفى آخره العين المهملة نسبة الى بردعة بلدة باقصى اذربيجان و بعضهم يعجم الدال واسمه احمد بن الحسين والبرذعى بذال معجمة نسبة الحسن بن صفوان صاحب ابن أبى الدنيا شيخنا عن طبقات عبد القادر القرشى (قوله اذا ولدت من غيره يجوز بيعها) ولو كان ولدها من غيره انثى لم يجز له ان يستمتع بها فقولهم ولد ام الولد فى حكم أمه فيما لا مانع منه وقد وجد المانع وهو وطء أمها وهذه اجماعية وهى واردة على الاطلاق شرنبلالية عن الكمال ووجه الورود أنه يجوز له الاستمتاع بام ولده فلو كان ولد أم الولد فى حكم أمه من جميع الوجوه لحل الاستمتاع بولدها اذا كان أنثى وليس كذلك (قوله و تستخدم) لقيام ملكه كالمدبرة وفيه ايماء الى ان الكسب والعقر وارش الجناية له ولو باع خدمتها منها أو كاتبها على خدمتها جاز وتعتق يعنى اذا أدت ما قابل الخدمة من المال أو تمت مدة الخدمة التى وقعت الكتابة عليها نهر (قوله وتزوّج) ولم يقل بعد استبرائها دلالة على انه لا يجب على المولى بل يندب فان جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من وقت النكاح فسد لا لاكثر وان ادعاه المولى الا انه يعتق عليه نهر (قوله أى بعد اعتراف منه بالولد) الظاهر ان يقال أى بعد الولد مع الاعتراف به حموى (قوله ثبت نسبه بلا دعوة) لانه لما ادعى الولد الاوّل تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا وقال عليه السلام الولد للفراش وصارت كالمنكوحة ولهذا لو أعتقها المولى أو مات عنها تجب عليها العدة بثلاث حيض هذا اذا لم تحرم عليه أما اذا حرمت عليه بوطء أمها ونحوه لا يثبت الا بالدعوة لانقطاع الفراش زيلعى وأراد بنحوه ما لو حرمت عليه بوطئه لبنتها أو وطئها ابنه أو أبوه أو حرمت عليه برضاع أو كتابة كما فى النهر أو كانت الحرمة بسبب ارضاعها زوجته الصغيرة أو بتزوجها كما فى الشرنبلالية ولا يخفى انه يجب ان يفصل بين ان تأتى به لاقل من ستة أشهر من حين عروض الحرمة أو لتمامها ففى الاول يجب ان يثبت نسبه بلا دعوة للتيقن بأن العلوق كان قبل عروض الحرمة نهر عن الفتح بقى ان ما سبق من تعليل الزيلعى المسئلة بأنه لما ادعى الولد الاوّل تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا يقتضى انه لا فراش للامة و يخالفه ما فى صدر الشريعة حموى وأقول المسئلة مختلف فيها فمنهم من ذهب الى ان الفراش اثنان قوى وهو فراش المنكوحة وضعيف وهو فراش أم الولد فانتفى ولدها بمجرّد النفى وولد المنكوحة باللعان كما فى الشرنبلالية عن الفتح وصرح فى الهداية بأن الامة ليست بفراش ومنهم من جعل الفراش ثلاثة كصاحب البدائع و يوافقه ما سبق فى فصل المحرمات قوى وهو فراش المنكوحة حتى يثبت النسب بلا دعوة ولا ينتفى الا باللعان وضعيف وهو فراش الامة حتى لا يثبت منه النسب الا بالدعوة والوسط فراش أم الولد حتى يثبت منه النسب من غير دعوة و ينتفى من غير لعان ومنهم من جعل الفراش أربعة وزاد فراش المعتدة

وقال بعض العلماء وأصحاب الظواهر
يجوز بيعها فقيد بقوله من السيد لانها اذا
ولدت من غيره يجوز بيعها وتعليلها اتفاقا
(وتوطأ وتستخدم وتؤجر وتزوج فان
ولدت بعده) أى بعد اعتراف منه
بالولد الاول (ثبت نسبه) منه (بلا
دعوة) ما لم ينفه

وذكر انه أقوى من فراش المنكوحة لان نسب ولدها لا ينتفى أصلا كما فى الدر أى لا ينتفى بنفيه ولا باللعان لعدم اللعان والمراد بالمعتدة المعتدة عن بائن شيخنا وهو ظاهر لان المعتدة عن رجعى لا تخرج عن كونها منكوحة فاذا كان الخلاف فى ان الامة هل لها فراش أم لا ثابتا فلا معنى لاستشكال الحموى ماذكره الزيلعى بأنه مخالف لما فى صدر الشريعة (قوله بخلاف الولد الاول) والفرق ان وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد فاذا اعترف بالاول بقى الولد مقصودا منها فصارت فراشا كما سبق (قوله وقال الشافعى يثبت) اذا اعترف بالوطء وان عزل عنها الا ان يدعى انه استبرأها بعد وطئها بحيضة لان فى المنكوحة يثبت بالعقد المفضى الى الولد بواسطة الوطء فلان يكون الوطء نفسه مع كونه أكثر افضاء مثبتا للنسب أولى وبه أخذ مالك وأحمد ولنا انه لا فراش لها الا انها لو صارت فراشا بالوطء لوجب بزوال فراشها ما يسمى عدة فاذا كان كذلك لا يثبت الا باعتراف عينى و ينبغى ان يشهد يعنى على اعترافه لئلا يسترق ولده بعد موته درر وأقول مقتضى ما سبق عن البرجندى معزيا الى القنية وأقره السيد الحموى عدم توقف ثبوت نسب ولد الامة على الدعوة بل يكفى السكوت عن نفيه فالدعوة انما تشترط من حيث القضاء فقط لا فى نفس الامر (قوله و ينتفى بنفيه) من غير توقف على لعان الا اذا قضى به قاض غير حنفى يرى ذلك فيلزمه بالقضاء أو تطاول الزمان وهو ساكت كما فى اللعان لانه دليل الرضا فلا ينتفى بنفيه فى هاتين الصورتين تنوير وشرحه زاد فى الشرنبلالية ما لو أعتقها فانه يثبت نسب ولدها الى سنتين من يوم الاعتاق كما اذا مات ولا يمكن نفيه لان فراشها تأكد بالحرية انتهى (قوله وحصنها) بالتشديد وهو عبارة عن حفظها عما يوجب ريبة الزنا (قوله وعن محمد الخ) الظاهر ان المراد بالعلم غلبة الظن ولن يغلب على ظنه كون الولد منه الا بالتحصين مع عدم العزل فيرجع حينئذ لما قاله الامام (قوله و يعتقها بعد موته) بأن يدبرها أو يوصى بعتقها حموى (قوله وعتقت بموته الخ) لانه عليه السلام أمر بعتق أمهات الاولاد وان لا يبعن فى دين ولا يجعلن من الثلث نهر عن العناية (تتمة) سئل أبو بكر عن رجل مات وترك أم ولد هل يجب لها النفقة فى ماله قال ان كان لها منه ولد فلها النفقة وان لم يكن لها منه ولد فلا نفقة لها حموى عن ابن الحلبى معزيا للقاضيخان (قوله من كل ماله) هذا اذا كان اقراره بالولد فى الصحة أو المرض ومعها ولد أو كانت حبلى فان لم يكن شئ من ذلك عتقت من الثلث لانه عند عدم الشاهد أقر بالعتق وهو وصية نهر عن المحيط وغيره وقد تقدم قال واذا عتقت فما فى يدها للمولى الا اذا أوصى لها به كما فى الخانية وعن محمد استحسن ان اترك لها الملحفة وقميصا ومقنعة اما المدبر فلا شئ له من الثياب كذا فى المجتبى ولا فرق فى ان ما فى يد أم الولد للمولى بين ان تكون عتقت بموته أو بتنجيز العتق حموى عن شرح الوهبانية معزيا الى معين المفتى قال ولو كان فى يد العبد مال وعليه ثياب وأعتق لم يكن له من ذلك الا ثوب واحد يستتر به فاذا كان فى الثياب ما هو أجود فالرأى الى المولى فيختار له ثوبا منها يدفعه اليه على حسب ما تسمح به نفسه انتهى (قوله ولم تسع لغريمه شيئا) الظاهر ان يقال فى شئ حموى وانما انتفت عنها السعاية لما ورد فى الحديث الذى سبق فى أمهات الاولاد من قوله عليه السلام وان لا يبعن فى دين وكذا السعاية عليها للورثة نهر فلو أطلق المصنف نفى السعاية لكان أولى الا ان يقال ان ذلك مفهوم بالاولى لانها اذا انتفت عنها السعاية للغريم فيما اذا كان على المولى دين فلان تنتفى عنها السعاية للورثة بالطريق الاولى لانها انما يكون عند عدم الدين و يرد على المصنف ما فى شرح المجمع لابن الضياء ان الراهن اذا استولد المرهونة معسرا تسعى فى دينه ولا ترجع عليه انتهى وقد يقال بعدم الورود لان المصنف نفى عنها السعاية بعد موته وهذه تلزمها السعاية فى حياته بدليل قوله ولا ترجع عليه وانما لزمتها السعاية فى دينه الذى ارتهنت به لان حق المرتهن تعلق بها قبل الاستيلاد حموى بقى ان يقال ظاهر كلام شرح المجمع يقتضى انه يجوز للراهن وطء الامة المرهونة وليس كذلك ففى الدرر وعزمى زاده على ما يشير اليه سياق كلامهما ان الراهن لا يجوز له وطء الامة ولا لبس الثوب وان كان باذن المرتهن اما غير الوطء واللبس فيجوز لكل من الراهن والمرتهن ان

(بخلاف) الولد (الاول) فانه لا يثبت نسبه منه ما لم يقر بالنسب وقال الشافعى يثبت نسبه منه بلا دعوة ان كان مقرا بالوطء (وينتفى) نسب الولد الثانى (بنفيه) مطلقا وعن أبى حنيفة اذا وطئها ولم يعزل عنها وحصنها فعليه ان يدعى نسب ولدها وبين الله تعالى له ان ينفيه فيما بينه وبين الله تعالى ان ينفيه ولو عزل عنها أو لم يحصنها له ان ينفيه وعن أبى يوسف انه اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى ولدت فعليه ان يدعيه سواء عزل عنها أو لم يعزل حصنها أو لم يحصنها وعن محمد انه قال لا ينبغى ان يدعى النسب اذا لم يعلم انه منه ولكن ينبغى ان يعتق الولد و يستمتع بها و يعتقها بعد موته (وعتقت) أم الولد (بموته من كل ماله) (ولم تسع لغريمه) شيئا

ينتفع بالرهن اذا كان باذن الآخر شيخنا (قوله ولو اسلمت أم ولد النصرانى) أراد به الكافر نهر (قوله أو مدبرته) فالمدبرة كأم الولد تجب السعاية على كل منهما غير ان أم الولد تسعى فى ثلث قيمتها والمدبرة فى الثلثين ولم أر ان المكاتبة كأم الولد أم لا ثم ظهر ان التقييد بأم الولد والمدبرة ليعلم الحكم فى المكاتبة بالاولى لان وجوب السعاية عليها ثابت قبل اسلامها (قوله قومت قيمة عدل) أى قومها عدل حموى وهى وان كانت عند الامام غير متقومة الا ان الذمى يعتقد تقومها وقد قال علماؤنا خصومة الذمى والدابة يوم القيامة أشد من خصومة المسلم نهر وذكر فى الخانية من الغصب مسلم غصب من ذمى مالا أو سرقه فانه يعاقب عليه يوم القيامة لانه أخذ مالا معصوما والذمى لا يرجى منه العفو بخلاف المسلم فكانت خصومة الذمى أشد وعند الخصومة لا يعطى ثواب طاعة المسلم للكافر لانه ليس من أهل الثواب ولا وجه لانه يوضع على المسلم وبال كفر الكافر فيبقى فى خصومته وعن هذا قالوا ان خصومة الدابة تكون اشد من خصومة الآدمى على الآدمى انتهى (قوله وهى كالمكاتبة) الا انها لا ترد الى الرق بعجزها نهر ولا حاجة الى ما زاده بعضهم من قوله والمدبر اذا اسلم كأم الولد لتصريح الشارح به حيث قال ولو اسلمت ام ولد النصرانى أو مدبرته كما سبق (قوله وقال زفر تعتق فى الحال) لان فى استدامة الملك عليها ذلا وازالة ذل الكافر عن المسلم واجبة وذلك بالبيع أو العتق وقد تعذر الاول فتعين الثانى ولنا انه تعذر ابقاؤها فى ملك المولى ويده وتعذر ازالة ملك الذمى مجانا لان ملكه محترم فتخرج الى الحرية بالسعاية نظرا للجانبين فلو قلنا بزوال ملكه فى الحال تتوانى فى الاكتساب لحصول مقصودها بخلاف ما اذا لم تعتق لانها تنشط وتجتهد على الاكتساب لتنال شرف الحرية زيلعى (قوله وان مات مولاها عتقت بلا سعاية) ولو ماتت هى ومعها ولد ولد فى سعايتها سعى فيما عليها نهر عن المحيط (قوله وان ولدت بنكاح) ولو فاسدا أو مشروطا فيه كونها حرة الاصل فاذا هى امة أو وطء بشبهة نهر وظاهر اطلاقه عدم اشتراط الدخول لو كان فاسدا وهو خلاف ما فى الشرنبلالية عن الفتح حيث قال وهذا اذا اتصل به الدخول انتهى (فرع) ام الولد اذا نكحت نكاحا فاسدا ودخل بها الزوج وجاءت بولد ثبت النسب من الزوج وان ادعاه المولى لان النكاح الفاسد اقوى من استلحاق النسب حموى عن الظهيرية (قوله ثم ملكها بشراء أو غيره) وسواء ملكها كلها أو بعضها نهر وما زيد فى كلام بعضهم من قوله بأى سبب كان لا حاجة اليه لانه مستغنى عنه بقول الشارح بشراء أو غيره (قوله فهى ام ولده) من وقت ملكها لا من وقت العلوق وعند زفر من وقت ثبوت النسب منه واثر الخلاف يظهر فيما لو ملك ولدها من غيره قبل ان يملكها يجوز بيعه عندنا خلافا له بخلاف الحادث فى ملكه من غيره فانه فى حكم امه ومعلوم ان أولاده منها احرار بملكه لهم نهر (قوله خلافا للشافعى) لقوله عليه السلام ايما امة ولدت من سيدها فهى حرة عن دبر منه شرط لثبوت العتق لها ان تكون الولادة من سيدها وهذه ولدت من زوجها لا من سيدها ولانها علقت برقيق فلا تكون أم ولد له لان ثبوت امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام فى تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل ولنا ان السبب هو الجزئية والجزئية تثبت بينهما بنسبة الولد الى كل واحد منهما كملا وقد ثبت النسب فثبتت الجزئية بانتساب الولد اليهما ولا معتبر بما ذكر من جزئية الجنين لانه لو اعتق ما فى بطنها لم يثبت لها حق العتق ولا حقيقته ولو كان لاجل الاتصال بها لثبت ولا حجة له فيما روى لانه لا نص فيه على ان العلوق وجد فى ملكه وهو نظير ملك القريب فانه لا يشترط لعتقه ان يكون حادثا فى ملكه ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها صارت أم ولد له عندنا وله فيها قولان زيلعى واحترز بالنكاح عما لو ولدت بالزنا ثم ملكها الزانى لا تكون أم ولد له خلافا لزفر وانما يعتق عليه باعتبار انه جزؤه حقيقة بغير واسطة فكانت أم الولد بالزنا نظير من اشترى أخاه من الزنا حيث لا يعتق عليه الا ان يكون أخاه من امه كما فى النهاية قال السيد الحموى من هذا يخرج جواب حادثة الفتوى وهى جارية هربت عند رجل ووطئها وولدت منه هل اذا ضمن قيمتها تصير أم ولد له فيمتنع

(ولو اسلمت أم ولد النصرانى) أو مدبرته (قومت قيمة عدل و) (سعت فى قيمتها) وهى كالمكاتبة لا تعتق حتى تؤدى السعاية وقال زفر تعتق فى الحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا عرض الاسلام على المولى فأبى فان اسلم بقيت على حالها وان مات مولاها عتقت بلا سعاية وانما قيد بأم الولد لانه لو اسلم عبد النصرانى أو امته وعرض على المولى الاسلام فأبى يجبر على بيعه (وان ولدت بنكاح) أى اذا تزوج رجل امة فولدت ثم ملكها بشراء أو غيره (فهى أم ولده) عندنا خلافا للشافعى (ولو ادعى ولد امة

عليه بيعها وتمليكها انتهى و وجه العلم بجوابه ما علم من انه اذا ملكها بعد أن ولدت من الزنا لا تصير أم
ولده خلافا لزفر فعلى هذا لا يمتنع عليه بيعها ولا تمليكها (قوله مشتركة بينهما) عم كلامه ما اذا كان
الشريك ابا وهو من العجب اذ يجب هنا العقر ولو كانت للابن خاصة لا يجب والفرق ان الوطء هنا لم
يصادف محلا خاليا عن الملك وشبهته فلا يحتاج الى اثبات الملك فى الكل فيجب نصف العقر كما فى الاجنبى
بخلاف ما اذا كانت للابن خاصة حموى عن ابن الضياء (قوله ثبت نسبه من المدعى) مسلما كان أو كافرا
صحيحا أو مريضا أو مكاتبا فان عجز كان له بيعها كما فى الظهيرية وفيها اخوان اشتريا أمة حاملا
فجاءت بولد فادعاه أحدهما فعليه نصف قيمة الولد ولا يعتق بالقرابة لان الدعوة لما تقدمت أضيف
الحكم اليها نهر (قوله ولزمه نصف قيمتها) يوم العلوق لان أمومية الولد تثبت من ذلك الوقت ولا يختلف
بين ان يكون موسرا أو معسرا لانه ضمان تملك بخلاف ضمان العتق على ما عرف فى موضعه زيلعى وكما
تعتبر القيمة يوم العلوق فكذا العقر شرنبلالية عن الفتح (قوله ولزمه نصف عقرها) لانه وطئ جارية
مشتركة اذ ملكه ثبت بعد الوطء حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك فى نصيب صاحبه بخلاف الاب اذا استولد
جارية ابنه حيث لا يجب عليه العقر زيلعى والفرق بين استيلاد الاب لها ولا ملك له فيها وبين كونه
شريكا لابنه فيها انه اذا لم يكن له فيها ملك مست الحاجة الى اثبات الملك فيها سابقا على الوطء نفيا له عن
الزنا فلا عقر واذا كان له فيها ملك كفى لذلك فعليه نصف العقر شرنبلالية و به يتضح ما سبق عن ابن
الضياء (قوله لا قيمته) لانه علق حر الاصل اذ النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق فيحدث الولد على
ملكه فلم يعلق منه شئ على ملك شريكه زيلعى (قوله عبارة عن مهر المثل بكم تستأجر) الظاهر ان فى
العبارة سقطا والاصل وقيل ينظر بكم الخ كما يدل على ذلك قوله فالقدر الذى تستأجر به على الزنا يجعل
عقرها وفى السراج والعقر اذا ذكر فى الحرائر يراد به مهر المثل واذا ذكر فى الاماء فهو عشر قيمتها ان كانت بكرا
وان كانت ثيبا فنصف عشر قيمتها وفى الفيض للكركى وقيل فى الحرائر ينظر الى مثل تلك الجارية بكم
تزوج فيعتبر بذلك وهو المختار حموى (قوله وان ادعياه الخ) فرضها فى الاثنين لعدم الاختلاف فيهما
وان كان عند الامام يثبت من أكثر خلافا للثانى وقصره محمد على ثلاثة وزفر على خمسة وفى الغاية لو تنازع
فيه امرأتان أو أكثر قضى به بين الكل عند الامام خلافا لهما ولو امرأة ورجل قضى به بينهما عنده أيضا
وقالا للرجل ولو كانت المنازعة بين رجلين وامرأتين كل يدعى انه ابنه من هذه المرأة قضى به بين الرجلين
فقط نهر (قوله معا) أو جهل السابق در (قوله ثبت نسبه منهما) ثم لا يثبت نسب ولد ثان بلا دعوة لحرمة
الوطء در (قوله اذا كان العلوق فى ملكهما) فلا تصير المشتراة حبلى أم ولدهما بادعائهما ولدها الان هذه
دعوة عتق لا دعوة استيلاد فيعتق الولد مقتصرا على وقت الدعوة بخلاف دعوة الاستيلاد فان شرطها كون
العلوق فى الملك شرنبلالية عن الفتح وفيها ان الولاء فيه يثبت لكل منهما اذا ادعياه ولو كان العلوق فى ملك
أحدهما ثم صار للآخر شركة فيها ثم ادعياه فالولد لمن حصل العلوق فى ملكه كما فى المفتاح وفى الدر وبادعاء
أحدهما يعنى بعد ما اشترياها حبلى يضمن نصف قيمة الولد لا العقر انتهى (فرع) قال احدا كما أم ولدى
ومات قبل البيان كان البيان للورثة حموى عن قاضيخان (قوله الا اذا كان أحد الشريكين أب
الآخر) و به عرف انه لو ادعاه الابن والاب والجد قدم الجد نهر عن الظهيرية (قوله فحينئذ دعوة الاب
والمسلم أولى) ويقدم الحر على العبد والذمى على المرتد والكتابى على المجوسى ومن تقدم نكاحه حتى لو كان
الحمل على ملك أحدهما نكاحا فاشترياها معا فولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الشراء فادعياه فهى
أم ولد للناكح أولا قيد بادعائهما النسب لانه لو ادعى أحدهما العتق والآخر النسب قدم الثانى نهر وقوله
والذمى على المرتد مخالف لما فى الزيلعى ونصه والمرتد أولى من الذمى ثم رأيت الشيخ شاهين كتب ما نصه
قوله والذمى على المرتد قال فى الفتح ولو كانت الدعوة بين ذمى ومرتد فالولد للمرتد لانه أقرب الى الاسلام
ومثله فى الزيلعى فما هنا سبق قلم انتهى وأقول فى كونه سبق قلم نظر لان ما فى البحر والدر موافق لما

مشتركة) بينهما (ثبت نسبه) من المدعى (وهى) ملكها (أم ولده ولزمه نصف قيمتها) لشريكه يوم العلوق (و) لزمه (نصف عقرها لا قيمته) أى قيمة ولده وفى المبسوط العقر عبارة عن مهر المثل بكم تستأجر على الزنا عوذا بالله تعالى من ذلك مع جمالها فالقدر الذى تستأجر به على الزنا يجعل عقرها (وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما) الا اذا كان أحد الشريكين أب الآخر أو كان مسلما والآخر ذميا فحينئذ دعوة الاب والمسلم أولى

فى النهر وأيضا السيد الحموى نقل عبارة النهر وأقرها فالظاهر انه قول مقابل (قوله وقال الشافعى يرجع
فيه الى قول القافة) لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لا يخلق من ماءين متعذر وقد سر
عليه السلام بقول القائف فى اسامة بن زيد ولان النسب مما لا يتجزأ فلا تتصور فيه الشركة كالنكاح
ولنا كتاب عمر الى شريح لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما و يرثانه وهو للباقى منهما
وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير وهو مذهب على وابن عباس و زيد بن ثابت وسرور النبى
صلى الله عليه وسلم كان لقطع طعن المشركين فانهم كانوا يطعنون فى نسب اسامة بن زيد لاختلاف لونهما
وكانوا يعتقدون ان القائف يعلم ذلك فلما قال القائف هذه الاقدام بعضها من بعض انقطع طعنهم ولزم
الحجة على زعمهم فسر عليه السلام لذلك لا لان قول القائف حجة والنسب وان كان لا يتجزأ لكن يتعلق به
أحكام متجزئة كالميراث والنفقة والحضانة والتصرف فى المال وأحكام غير متجزئة كالنسب وولاية
الانكاح فما يقبل التجزئة يثبت بينهما على التجزئة وما لا يقبلها يثبت فى حق كل منهما على الكمال كأنه
ليس معه غيره زيلعى (قوله وهى أم ولدهما) لان دعوة كل منهما فى نصيبه راجحة على صاحبه فتتبعه
الام وتخدم كلا منهما يوما واذا مات أحدهما عتقت ولا ضمان للحى فى تركة الميت ولا سعاية عليها عند
الامام وتسعى عندهما فى نصف قيمتها ولو أعتقها أحدهما عتقت ولا ضمان عليه للساكت ولا سعاية
عليها عنده وعندهما يضمن ان كان موسرا وتسعى ان كان معسرا نهر عن الفتح (قوله نصف العقر) لان
الوطء فى المحل المحترم لا يخلو عن عقر أو عقر وقد تعذر الاول للشبهة فتعين الثانى نهر (قوله وتقاصا
بماله على الآخر) من قيمة نصفها ونصف عقرها (قوله قلنا فيه فائدة) ومن فوائده انه لو قوم نصيب
أحدهما بالدراهم والآخر بالذهب كان له ان يدفع الدراهم و يأخذ الذهب ولو كان نصيب أحدهما
أكثر كان له أخذ الزيادة وكذا الغلة والكسب والخدمة نهر عن البدائع ولم أر من فرق بين الغلة والكسب
والظاهر ان الغلة كالعقر وارش الجناية بخلاف الكسب فانه الحاصل من تجارة أو زراعة (قوله
وورثا منه الخ) فان مات أحدهما ورث الباقى جميع الميراث ولا يكون نصفه للباقى ونصفه لورثة الميت
كذا قالوا وفيه انه على هذا ينبغى ان تكون أمه أم ولد للباقى فلا يعتق شئ منها بموت أحدهما كما لا يخفى
ولم أجد التصريح به حموى عن يعقوب وجواب هذا البحث المخالف للمنقول يعلم بالتدبر وهو ان عدم
توريث ورثة من مات لوجود المانع لكونهم محجوبين بأبوة الباقى لثبوتها له كملا ولا مانع لما من العتق
بموته فظهر الفرق والحاصل انها تعتق بموته باتفاق الامام وصاحبيه وانما الخلاف فى وجوب السعاية
عليها للباقى فتسعى له فى نصف قيمتها عندهما لا عنده كما سبق (قوله فيقتسمانه نصفين) وان كان أحدهما
أكثر نصيبا من الآخر لعدم تجزئ النسب و يتبعه الارث والولاء تنوير وشرحه (قوله لزمه النسب)
لان غاية أمره ان يكون كالاجنبى ولو ادعى ولد جارية أجنبى فصدقه المولى ثبت نسبه قيد بمكاتبه لانه
لو ادعى ولد مكاتبته لم يشترط تصديقها وخيرت بين البقاء على كتابتها وأخذ عقرها وبين ان تعجز نفسها
وتصير أم ولد نهر عن الدراية (قوله والعقر) لانه وطء بغير نكاح ولا ملك يمين وقد سقط عنه الحد
للشبهة درر (قوله وقيمة الولد) لانه فى معنى ولد المغرور حيث اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض
برقه الا ان القيمة هنا تعتبر يوم الولادة وولد المغرور يوم الخصومة نهر (قوله وعن أبى يوسف انه لا يعتبر
تصديقه) لان الجارية كسب كسبه فصار كجارية الابن وجه الفرق ان للاب ان يتملك مال ابنه اذا احتاج
اليه ولهذا لا يجب عليه عقرها ولا قيمة الولد وتصير أم ولد له وليس للمولى ان يتملك مال مكاتبه لانه بالعقد
حجر على نفسه ولهذا يجب عليه عقرها وقيمة الولد ولا تصير أم ولد له فيشترط تصديقه بخلاف ما اذا وطئ
المكاتبة فجاءت بولد فادعاه حيث يثبت نسبه ولا يشترط تصديقها درر (قوله ولم تصر الامة أم ولده)
لانه لا ملك له فيها حقيقة وما له من الحق كاف لصحة الاستيلاد فلا حاجة الى النقل وتقديم الملك بخلاف
جارية الابن لانه ليس للاب فيها حقيقة الملك ولا حقه وانما له حق التملك وذلك غير كاف لصحة

وقال الشافعى يرجع فيه الى قول القافة جمع قائف وهو الذى يعرف آثار الآباء فى الابناء أى يعرف شبه الاولاد بالآباء (وهى أم ولدهما) خلافا للشافعى (وعلى كل واحد) من الشريكين يجب (نصف العقر) للآخر ثم يتقابل (وتقاصا) بماله على الآخر فان قيل الحقان فيسقطان بالمقاصة فلا فائدة فى وجوب العقر لانه يصير قصاصا قلنا فيه فائدة فربما يبرئ أحدهما الآخر من حقه فيبقى حق الآخر فتتوجه المطالبة (وورث) الابن (من كل) واحد منهما (ارث ابن) كامل (وورثا منه) أى من الابن واحد فيقتسمانه نصفين (ارث أب) (ولو ادعى) المولى (ولد أمة مكاتبه) أى المدعى وصدقه المكاتب لزمه (النسب والعقر وقيمة الولد) وعن أبى يوسف انه لا يعتبر تصديقه نهر) (ولم) الامة (أم ولده وان كذبه) المكاتب فى النسب (لم يثبت النسب) منه

الاستيلاد فاحتجنا الى نقلها الى ملك الاب لصحة الاستيلاد زيلعى (قوله ولو ملكه يوما يثبت نسبه منه)
وتصير أمه أم ولد له أيضا اذا ملكها الان الاقرار باق وهو الموجب وزال حق المكاتب وهو المانع درر
(خاتمة) صدقة فطر الولد اذا ادعى الشريكان نسبه عليهما لكن عند أبي يوسف على كل واحد منهما
صدقة تامة وعند محمد عليهما صدقة واحدة واما الام فلا يجب على واحد منهما صدقتها اتفاقا بحر
(فروع) ام الولد لا تغسل مولاها بعد الموت ولا تملكه بالاسر ويجب صدقة فطرها على المولى ويجوز لها
السفر بغير محرم وتصلى بغير قناع حموى عن قاضيخان ولو أراد وطء امته ولا تصير أم ولده يملكها
لطفله ثم يتزوجها درر والله اعلم

(كتاب الايمان)

اشترك كل من اليمين والطلاق والعتاق والنكاح فى ان الاكراه والهزل لا يؤثر فيه غير انه قدم النكاح
لقربه من العبادة وأولاه الطلاق لانه رفعه بعد تحققه ثم ذكر العتاق بعده لمشاركته الطلاق فى تمام معناه
الذى هو الاسقاط واعلم ان مفهوم اليمين لغة جملة أولى انشائية صريحة الجزءين تؤكد بها جملة بعدها
خبرية وخرج بانشائية تعليق نحو الطلاق والعتاق فان الاولى ليست بانشاء نهر فليست التعاليق
ايمانا لغة ويعكر عليه ماسيأتى عن البحر (قوله وهو فى اللغة القوة) عبارة النهر واليمين لغة لفظ مشترك
بين الجارحة والقوة والقسم الا ان قولهم كما فى المغرب وغيره سمى الحلف يمينا لان الحالف يتقوى
بالقسم أوانهم كانوا يتماسكون بأيمانهم عند القسم يفيد كما فى الفتح ان لفظ اليمين منقول اه وفيه
نظر فان المنقول يهجر فيه المعنى الاصلى وهذا ليس كذلك حموى قال وبين مفهوم اليمين اللغوى
والشرعى عموم وخصوص من وجه لتصادقهما فى اليمين بالله وانفراد اللغوى فى الحلف بغيره مما يعظم
وانفراد الشرعى فى الحلف فى التعليقات اه (قوله وفى الشرع الخ) عبارة الملتقط اليمين فى الشرع عبارة
عن تقوية الخبر بذكر الله تعالى أوصفاته على وجه مخصوص أو تعليق الجزاء بالشرط على وجه ينزل
الجزاء عند وجود الشرط والنوع الاول يختص باسم القسم والنوع الثانى بمصطلحات الفقهاء والمصنف
خص النوع الاول بالذكر لان الكفارة انما تكون فيه وأيضا يمين اللغو انما يكون فيه وأما الطلاق
والعتاق والنذر فلا يكون لغوا اه واليمين بالله تعالى وصفاته لا يكره لكن تقليله أولى من تكثيره حموى
وركنها اللفظ المستعمل فيها وشرطها كون الحالف مكلفا مسلما زاد فى الدراية الحرية وتبعه الشمنى
وهو سهو لقولهم ان العبد اذا حنث يكفر بالصوم وسببها الغائى ايقاع صدقه فى نفس السامع تارة وأخرى
حمل نفسه أو غيره على الفعل أو الترك وحكمها وجوب البر فيما اذا حلف على طاعة أو ترك معصية
والحنث فيما اذا حلف على ضدهما وندبه فيما اذا كان عدم المحلوف عليه جائزا نهر ولم يذكر امكان البر
مع انه شرط انعقادها خلافا لابى يوسف ولا الكفارة مع انها من حكمها (فرع) فى البحر عن الولوالجية
من أراد أن يحلف بالله تعالى فقال خصمه لا أريد الحلف بالله تخشى على ايمانه (قوله احد طرفى الخبر)
هما الصدق والكذب أو النفى والاثبات وهذا أولى لقول المحققين ان له طرفا واحدا هو الصدق
والكذب احتمال عقلى والاول هو المشهور ولهذا اقتصر عليه فى النهر وغيره كالعينى معللا بان من شأن
الخبر احتماله للصدق والكذب (قوله بالمقسم به) سواء كان اسما من أسمائه تعالى أو صفة أو التزام
مكروه كفرا أو زوال ملك فدخلت التعاليق نهر والحاصل ان التعليق يمين شرعا الا فى خمس مذكورة
فى الاشباه فلو حلف لا يحلف حنث بطلاق وعتق در أى بتعليق طلاق وتعليق عتق وفى البحر عن البدائع
التعليق يمين فى اللغة أيضا لان محمدا أطلق عليه يمينا وقوله حجة فى اللغة وذكر ان فائدة الخلاف تظهر
فيمن حلف لا يحلف ثم حلف بالطلاق أو العتاق فعند العامة يحنث وعند اصحاب الظواهر لا يحنث اه

(قوله

هذا آخر الجزء الثانى باعتبار أصل التجزئة

ولو ملكه يوما يثبت نسبه منه وسيجئ فى كتاب المكاتب ان شاء الله تعالى
(كتاب الايمان)
جمع يمين وهو فى اللغة عبارة عن القوة وفى الشرع (اليمين تقوية أحد طرفى الخبر) بالمقسم به

(قوله فحلفه على ماض الخ) شروع فى الكلام على تقسيم اليمين بالله لا بغيره الى غموس ولغو ومنعقدة
ووجه الحصر كما فى الزيلعى انه لا يخلو اما ان يكون فيها مؤاخذة أولا الثانى لغو والاول لا يخلو اما ان تكون
المؤاخذة دنيوية أو عقوبة فالاول المنعقدة والثانى الغموس اه وتقييده اليمين بكونها بالله للاحتراز
عما لو كانت بغيره لان كلا من الغموس واللغو لا يتصور فى اليمين بغيره لان تعليق الطلاق والعتاق والنذر
بأمر كائن فى الماضى لا يتحقق فيه اللغو والغموس لان الطلاق يقع به وكذا العتاق والنذر وسواء كان وقت
اليمين عالما أولم يكن فان قلت هذا منقوض بما لو قال هو يهودى أو نصرانى ان فعل كذا الشئ قد فعله
فانه غموس مع انه ليس يمينا بالله تعالى قلت هو كناية عن اليمين بالله تعالى وان لم يعقل وجه الكناية
كما فى البدائع فان قلت يرد على الحصر فى الثلاثة ما لو قال والله انى لقائم الآن فى حال قيامه فانها يمين مع
انها ليست منها قلت نقل فى النهر عن صدر الشريعة انه أجاب بأن المراد بها اليمين التى اعتبرها الشرع
ورتب عليها الاحكام ورده فى البحر بان عدم الاثم فيها حكم وفيه نظر اه قال فى الدرر والمراد بترتب
الاحكام ترتب المؤاخذة الاخروية على الغموس وعدمها على اللغو والكفارة على المنعقدة اه ثم رأيت
فى حاشية نوح أفندى ذكر وجه الكناية حيث قال لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده
واجب الامتناع وقد أمكن القول بوجوبه لغيره فجعلناه يمينا اه (قوله كذبا) حال من فاعل المصدر
وقوله عمدا صفة مصدر محذوف والتقدير حلف الشخص كذبا عمدا ويجوز أن يكونا حالا من فاعل المصدر
أيضا وعليه فهما من الاحوال المتداخلة أو المترادفة حموى قال ويجوز أن يكونا صفتى مصدر محذوف أى
حلفه حلفا كذبا عمدا قلت وهذا أحسن لما ذكره السيد الحموى من ان وقوع المصدر حالا مقصور على
السماع (قوله لانه يغمس صاحبه الخ) فان قلت إن الغموس ليست بيمين حقيقة لانها كبيرة محضة واليمين
عقد مشروع والكبيرة ضد المشروع قلت سميت يمينا مجازا لان ارتكاب هذه الكبيرة بصورة اليمين
كما سمى بيع الحر بيعا لوجود صورة البيع فيه بحر عن المبسوط (قوله لان حلفه على اثبات شئ او نفيه
فى الحال كذبا الخ) كوالله ماله هذا على دين وهو يعلم خلافه نهر (قوله وظنا اللغو) تقدم ان تقسيم اليمين الى
هذه الاقسام الثلاثة بالنظر لخصوص اليمين بالله وفى الشرنبلالية لا لغو فى الحلف بغير الله لما فى الاختيار
روى ابن رستم عن محمد لا يكون اللغو الا فى اليمين بالله لان من حلف بالله على أمر يظنه كما قال وليس كذلك
لغا المحلوف عليه ويبقى قوله والله فلا يلزمه شئ وفى اليمين بغير الله تعالى يلغو المحلوف عليه ويبقى قوله
امرأته طالق أو عبده حر أو عليه حج فيلزمه اه واعلم ان تقييد الشارح بالماضى فى جانب اللغو اتفاقى أو
اكثرى كذكره فى جانب الغموس ولهذا ترك التقييد به فى الدرر حيث عرفها بقوله وهى حلفه كاذبا يظنه
صادقا كما اذا حلف ان فى هذا الكوز ماء بناء على انه رآه كذلك ثم أريق ولم يعرفه الخ ومثله فى التنوير مع
زيادة قوله فى الدر فى ماض او حال (قوله وعند الشافعى يمين اللغو الخ) والاصح ان اللغو متفق على عدم
المؤاخذة به سواء فسرناه بالتفسير الذى ذهب اليه أئمتنا أو بالتفسير الذى ذهب اليه الامام الشافعى فما
فى الدرر بعد قوله فى جانب اللغو وفسر بما ذهب اليه أئمتنا ويرجى عفوه تبعا لمحمد بن الحسن حيث علقه
بالرجاء فقال نرجو ان لا يؤاخذ الله بها صاحبها من قوله فان قيل ما معنى تعليق عدم المؤاخذة بالرجاء وقد
قال الله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم قلنا نعم لا شك فى نفى المؤاخذة فى اللغو المذكور فى النص
وانما الشك فى كون الصورة التى ذكرناها لغوا فان اللغو عند الشافعى ان يجرى على لسانه بلا قصد الخ
لا يتم فالاوجه ما قيل ان محمدا لم يرد به التعليق بل التبرك باسم الله تعالى والتأدب فهو كقوله عليه السلام
لاهل المقابر وانا ان شاء الله بكم لاحقون شرنبلالية عن الفتح والاختيار (قوله واثم الحالف الخ) لقوله
عليه السلام الكبائر الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس وقال عليه السلام من
اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه فقد أوجب الله له النار وحرم عليه الجنة فقال رجل وان كان يسيرا قال وان
كان قضيبا من أراك وقال عليه السلام اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع أى خالية زيلعى (قوله دون

(فحلفه على) اثبات أمر (ماض) أو نفيه حال كونه (كذبا عمدا غموس) هو فعول بمعنى فاعل لانه يغمس صاحبه فى الاثم ثم فى النار واعلم ان التقييد بالماضى اتفاقى أو اكثرى لان حلفه على اثبات شئ أو نفيه فى الحال كذبا عمدا غموس ايضا (و) حلفه على ماض كذبا (ظنا لغو) وعند الشافعى يمين اللغو ان يجرى على لسانه بلا قصد سواء كان فى الماضى أو فى الآتى بان قصد التسبيح فجرى على لسانه اليمين (واثم) الحالف (فى الاول) فيستغفر ويتوب (دون الثانى

الثانى) لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم والمراد القصد لانه فعل القلب والمراد بالمؤاخذة الكفارة لانه تعالى فسرها بها فى آية أخرى بقوله عز وجل ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية والمراد بالعقد القصد أيضا وفيه توفيق بين الآيتين زيلعى (قوله وحلفه على آت) سواء كان فى الفعل نحو والله لاعطين زيدا أو الترك كوالله لا أكلم زيدا فبره على الفعل ان يفعل مرة وفى الترك ان يتركه أبدا حتى فعل مرة فقد حنث فتلزمه الكفارة عينى واعلم ان الفعل المقابل للترك مفتوح الفاء الاما هو مصطلح النحاة ولا مصطلح المتكلمين والمشهور المكسور الا انه بمعنى المفتوح فانه وان كان لغة اسما للاثر المترتب على المعنى المصدرى الا ان الاسم يستعمل بمعنى المصدر قهستانى واشار الشارح حيث أقحم لفظة أمر الى ان آت صفة موصوف محذوف قال صدر الشريعة الاحسن ان يقال وآت بترك كلمة على ليكون معطوفا على ماض وغير محتاج الى تقدير اه واعلم ان اليمين المنعقدة على أنواع منه ما يجب الحنث فيه كهجران المسلم ومنه ما يجب فيه البر كفعل الفرائض ومنه ما يستوى فيه البر والحنث كسائر المباحات برجندى ولكن حفظ اليمين أولى أى البر فيها أولى من الحنث كما فى المبتغى حموى (قوله منعقد) أى على أمر يفعله أولا يفعله ويجب أن يراد بالفعل فعل الحالف ليخرج نحو والله لا أموت ولا تطلع الشمس فانها فى هذين غموس نهر (قوله لا فى الغموس واللغو) أشار الشارح به الى ان تقييد المصنف بفقط للاحتراز عن مذهب الامام الشافعى من وجوب الكفارة عنده فى الغموس فلا ينافى أن فى المنعقدة اثما الا كما فهمه الزيلعى من ان التقييد به للاحتراز عن الاثم فى المنعقدة فلهذا اعترض بانه لا معنى لقوله فقط لان فى اليمين المنعقدة اثما أيضا ولفظ الكفارة ينبئ عنه وهى لا تجب الا لرفع الاثم اه (تتمة) الكفارة ترفع الاثم وان لم يتب تنوير (قوله وعند الشافعى فى الغموس كفارة أيضا) لانها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد كاذبا فأشبه المعقود ولنا قوله عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن وعد منها اليمين الفاجرة وقال ابن مسعود وابن عباس كنا نعد اليمين الغموس من الكبائر التى لا كفارة فيها وهو اشارة الى الصحابة وحكاية لاجماعهم زيلعى (قوله ولو كان الحالف) أى المفهوم من الحلف حموى (قوله أو ناسيا) أراد به المخطئ كما اذا أراد أن يقول اسقنى الماء فقال والله لا أشرب الماء والمجئ الى ذلك ان حقيقة النسيان فى اليمين لا تتصور زيلعى وقال العينى بل تتصور بأن حلف ان لا يحلف ثم نسى الحلف السابق فحلف ورده فى البحر بانه فعل المحلوف عليه لان حلفه كان ناسيا اه وفيه نظر اذ فعل المحلوف عليه ناسيا لا ينافى كونه يمينا بدليل انه يكفر مرتين مرة باعتبار انه فعل المحلوف عليه وأخرى باعتبار حنثه فى اليمين نهر واعلم انه يلزم على تفسير الناسى هنا بالمخطئ وفى الحنث بحقيقته استعمال اللفظ فى حقيقته ومجازه شرنبلالية (فرع) رجل حلف ان لا يفعل كذا فنسى انه كيف حلف بالطلاق او بالصوم قالوا لا شئ عليه الا ان يتذكر بحر عن الخانية والحنث هو الخلف فى اليمين واصله الاثم يقال بلغ الغلام الحنث أى المعصية لانه اذا وقع منه الخلف فى اليمين اثم لانه هتك حرمة اسم الله تعالى حموى عن البرجندى (قوله أو حنث كذلك) لان الفعل حقيقة لا ينعدم بالاكراه والنسيان وهو الشرط كذا قالوا وهذا يفيدان معنى الاكراه عليه انه اكره ان يفعل المحلوف عليه ولو لم يفعله كما لو حلف لا يشرب فصب الماء فى حلقه مكرها فلا حنث عليه نهر ومقتضى قوله فصب مكرها انه لو كان بدون الاكراه يحنث فيشكل بما سيأتى ولو حلف لا يخرج فاخرج محمولا لا يحنث مطلقا ولو كان راضيا بالاخراج حيث لم يكن بامره فقياسه عدم الحنث هنا بالصب أيضا ولو برضاه ثم ظهر الفرق وهو انه فى مسئلة الاخراج لم يوجد المحلوف عليه أصلا بخلاف ما هنا لانه بابتلاع الماء بعد صبه اختيارا يكون آتيا بالمحلوف عليه وهو الشرب (قوله بفعل المحلوف عليه) لا جائز ان تكون الباء صلة قوله مكرها فانه يتعدى بعلى ولا جائز أن تكون صلة قوله ناسيا لانه يتعدى بنفسه بل زائدة وصلة قوله مكرها محذوفة والتقدير ولو حنث مكرها على فعل المحلوف عليه أو ناسيا المحلوف عليه حموى ولا يخفى ما فيه من التكلف

و) حلفه (على) أمر (آت) مستقبل (منعقد وفيه الكفارة) عند الحنث (فقط) لا فى الغموس واللغو وعند الشافعى فى الغموس كفارة أيضا (ولو) كان الحالف (مكرها أو ناسيا) وقال الشافعى لا ينعقد يمينهما حتى لا تجب الكفارة (أو حنث كذلك) أى ولو حنث مكرها أو ناسيا بفعل المحلوف عليه وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه أو مجنون

والاولى

والاولى جعل الباء متعلقة بحنث فى كلام الشارح أو كلام المصنف (قوله واليمين بالله) أى اليمين بمعنى الحلف الصادق بالقسم وبالتعليق بالتزام مكروه وعلى هذا ففى كلامه استخدام وقع بين ظاهرين حموى واطلق فى قوله واليمين بالله فعم ما لو كان برفع الهاء أو نصبها او حذفها وكذا واسم الله كحلف النصارى وكذا باسم الله عند محمد ورجحه فى البحر درلكن نقل الحموى عن ابن الحلبى لو قال باسم الله لا افعل اختلفوا والمختار لا يكون يمينا انتهى فقد اختلف الترجيح وذكر الولوالجى رجل قال لآخر الله لتفعلن كذا أو قال والله لتفعلن كذا وقال الآخر نعم ان أراد كل من المبتدئ والمجيب الحلف يكون كل منهما حالفا لان قوله نعم جواب والجواب يتضمن اعادة ما فى السؤال فيصير كانه قال نعم والله لافعلن وان أراد المبتدئ الاستحلاف واراد المجيب الوعد فلا يمين وان أراد المبتدئ الاستحلاف واراد المجيب الحلف فالمجيب الحالف والمبتدئ لالان كلا منهما نوى ما يحتمله وان لم ينو واحد منهما شيئا ففى قوله الله الحالف هو المجيب وفى قوله والله الحالف هو المبتدئ انتهى (قوله والرحمن الخ) أفاد باطلاقه انه لا يتوقف على النية ولا على العرف بل هو يمين تعارفوه أولا وهو الصحيح وبه اندفع ما فى الولوالجية من انه لو قال والرحمن لا افعل كذا ان أراد به السورة لا يكون يمينا الا انه يصير كانه قال والقران وان أراد به الله يكون يمينا بحر بتصرف وجمع بينهما بالعلم انه لا فرق بين المختص كالرحمن وبين اسم لا يختص كالرحيم (قوله والحق) من أسماء الله تعالى قال تعالى ذلك بان الله هو الحق درر (قوله وجلاله وكبريائه) بيان للحلف بالصفات واراد بها المصادر التى يشتق منها اسماء يمكن ان تطلق على الله تعالى شرعا وان لم يسمع من الشارع اطلاقه والجلال هو العظمة وقيل كونه لا شرف الا وهو له والكبرياء هى كونه يرى غيره حقيرا بالاضافة الى ذاته وينظر الى غيره نظر المالك الى عبده حموى عن البرجندى (قوله واقسم) وكذا عزم نهر لان هذه الالفاظ مستعملة فى الحلف عرفا وهذه الصيغ للحال حقيقة زيلعى قيل لا يحتاج فى هذه الالفاظ للنية لان المتبادر منه الحال وقيل لابد منها لاحتمال العدة اى الاستقبال حموى (قوله واشهد) بفتح الهمزة والهاء وضمها وكسر الهاء خطأ قيد بالمضارع لانه محل الخلاف بيننا وبين الشافعى اما الماضى نحو حلفت أو اقسمت اوشهدت بالله لافعلن فيمين بلا خلاف كذا فى الفتح الا انه فى شرح المجمع حكى الاتفاق على ان أشهد بالله يمين واعلم انه وقع فى النهاية وتبعه فى الدراية ان مجرد قول القائل أقسم او احلف موجب للكفارة من غير ذكر محلوف عليه ولا حنث تمسكا بما فى الذخيرة ان قوله على يمين موجب للكفارة واقسم ملحق به وهذا وهم بين اذ اليمين بذكر المقسم عليه وما فى الذخيرة معناه اذا وجد ذكر المقسم عليه وحنث كما فى الاصل نهر ولو قال اللهم انى أشهدك انى لا افعل كذا فليس بيمين لعدم التعارف بحر (قوله وان لم يقل بالله) لقوله تعالى اذ اقسموا ليصرمنها مصبحين وقوله تعالى يحلفون لكم لترضوا عنهم وفى الآية الاخرى اتخذوا ايمانهم جنة وادعى فى الفتح ان الاستدلال بالآيتين الاوليين على المدعى خبط اذ قوله اقسموا مجرد عن وجود قسم منهم وهو لا يستلزم ان ذلك القسم كان قولهم نقسم لنصرمنها فانهم لو قالوا والله لنصرمنها مصبحين يصح أن يقال فى الاخبار عنهم اقسموا ليصرمنها ومثله فى يحلفون لكم لترضوا عنهم لا يستلزم كون حلفهم بلفظ الحلف اصلا فضلا عن لفظ الحلف بلا ذكر اسمه تعالى انتهى قال فى النهر ويمكن ان يقال سلمنا انه لا يلزم ما ذكر لكن يصدق بالمدعى وهذا القدر كاف فى الاستدلال به على المدعى فتدبره انتهى أقول قد تدبرناه فوجدناه كلاما صدر لا عن تدبر فانه اذا كان صادقا بالمدعى مع صدقه بغيره لا يكون المدعى متعينا واذا كان كذلك فاى كفاية فى الاستدلال به بقى ان يقال ان قول صاحب الفتح بالآيتين الاوليين يقتضى صحة الاستدلال بالآية الثالثة ولا اظنه صحيحا حموى (قوله وايم الله) بفتح العين اى بقاؤه وهو من صفات الذات فكانه قال وبقاء الله وان كان بمعنى البقاء أيضا الا انه لم يستعمل فى القسم قال الرضى لان القسم موضع التخفيف لكثرة استعماله وظاهر أنه مع اللام مرفوع على الابتداء والخبر محذوف وجوبا أى قسمى وحذف لسد جواب القسم مسده ومع حذفها منصوب نصب المصادر

(واليمين) مشروع (بالله والرحمن والرحيم) والحق (وعزته وجلاله وكبريائه واقسم واحلف وأشهد وان لم يقل) فى هذه الالفاظ الثلاثة (بالله) وقال زفر اذا لم يقل بالله فى هذه الفصول لا يكون يمينا (وايم الله) أى بقاؤه (وأيم الله) معناه ايمن الله عند اهل الكوفة

وحرف القسم محذوف تقول عمر الله مافعلت ولا يلحق المفتوحة الواو فى الخط بخلاف عمرو والعلم فانها لحقت للتفرقة بينه وبين عمر قال فى الفتح واما قولهم عمرك الله مافعلت فمعناه باقرارك له بالبقاء وينبغى ان لا ينعقد يمينا الا انه حلف بفعل المخاطب وهو اقراره واعتقاده انتهى وفى البزازية وسلطان الله يمين فى الاصح ان أراد به قدرة الله تعالى نهر وبحر (قوله وهو جمع يمين) فحذفت الهمزة والنون تخفيفا فقيل أيم الله بفتح الهمزة وكسرها وربما حذفوا الياء أيضا فقالوا أم الله وربما بقوا الميم وحدها مضمومة ومكسورة فقالوا م الله وربما قالوا من الله بتثليث الميم فالجمع تسعة أوجه عينى ولا يخفى مافيه من المنافاة حيث قال فقيل الخ بطريق التفريع على ماقبله والصواب ابدال الفاء بالواو ليكون اشارة الى الخلاف فى ان همزه للوصل أو القطع بدليل مافى البحر حيث قال وهمزة ايمن بالقطع وانما وصلت فى الوصل تخفيفا لكثرة الاستعمال ومذهب سيبويه انها همزة وصل اجتلبت ليمكن النطق به كهمزة ابن من الاسماء الساكنة الاوائل انتهى وقال فى البحر ويقال من الله بضم الميم والنون وفتحهما وكسرهما الخ وقال البصريون ليست هذه جمعا والهمزة للوصل والجمع لا يجوز ان يخفف حتى يبقى على حرفين واختار الزجاج وابن كيسان قول الكوفيين وقالا انما خففت همزتها وطرحت فى الوصل لكثرة استعمالهم والمفرد لا يأتى على افعل زيلعى وفى الحديث وأيم الله ان كان لخليقا بالامارة اى أسامة بن زيد حين طعن بعض الناس فى امارته وهو فى الحديث بكسر الميم لواو القسم وانما تضم اذا لم يكن فى أوله حرف القسم نهر (قوله وعند أهل البصرة الخ) عبارة النهر وعند سيبويه كلمة اشتقت من اليمن ساكنة الاول اجتلبت لها الهمزة للنطق انتهى ونقل الحموى عن البرجندى ان ايم الله مأخوذ من اليمن وهو البركة فمعنى ايم الله بركة الله قسمى والعرب كانوا يحلفون باليمن انتهى (قوله ولو كان جمع يمين لما سقطت همزته عند الوصل) لانها همزة قطع عندهم وجوابه من طرف الكوفيين ان يقال انما حذف همزه فى الوصل تخفيفا كما حذفت النون فى الوصل لذلك شيخنا (قوله وعهد الله) بالجر بواسطة واو القسم كذا قيل فعلى هذا ينبغى ان يكون فى عبارة المتن واوان احداهما لعطفه على ماتقدم والثانية للقسم ويحتمل الرفع على ان يكون التقدير عهد الله قسمى وانما كان عهد الله يمينا لان الحالف عاهدان يفعل ذلك الشئ أولا يفعله حموى عن البرجندى وكذا الحلف بالذمة ولهذا يسمى الذمى معاهدا واطلقه فشمل مااذا لم ينو لغلبة استعمال العهد والميثاق فى معنى اليمين فينصرفان اليه الا اذا قصد غير اليمين فيدين بحر (قوله وعلى نذر) أو يمين وكذا على عهد فان معناها على موجب النذر أو موجب اليمين او موجب العهد وان لم يضف الى الله تعالى لان هذه الالفاظ تستعمل عرفا فى الحلف بحيث لا يفهم منها غيره فلا حاجة الى الاضافة حموى (قوله حتى اذا قال ان فعلت كذا الخ) لابد منه لما فى البحر واما كونه حالفا بقوله على نذر ونذر الله فيشترط ان يذكر المحلوف عليه لكونها يمينا منعقدة نحو ان يقول على نذر الله لافعلن كذا أولا أفعل كذا حتى اذا لم يف بما حلف عليه لزمته كفارة اليمين وأما اذا لم يسم شيئا بان قال على نذر الله فانه لا يكون يمينا الا ان اليمين انما تتحقق بمحلوف عليه ولكن تلزمه الكفارة فيكون هذا التزاما للكفارة ابتداء بهذه العبارة كذا فى الفتح وفى النهر هذا اذا لم ينو بالنذر المطلق شيئا من القرب المقصودة التى يصح النذر بها كالحج ونحوه فان نواه لزمه مانوى وان ذكر صيغ النذر بان قال لله على صلاة ركعتين مثلا أو صوم يوم مطلقا عن الشرط أو معلقا به أو ذكر لفظ النذر مسمى معه المنذور مثل لله على نذر صوم يومين معلقا أو منجزا فسيأتى فى الكفارة فظهر الفرق بين صيغة النذر ولفظ النذر كذا فى الفتح يريد ان لفظ النذر يكون يمينا ونذرا اذا نوى به قربة وأما صيغة النذر فلا تكون يمينا البتة انتهى وأقره العلامة نوح أفندى (قوله فان نوى الخ) هذه الجملة الشرطية مع جزائها جواب لقوله اذا قال ولذلك قرنها بالفاء حموى (قوله وان فعل كذا فهو كافر) لان حرمة الكفر كحرمة هتك الاسم عينى (قوله وعند الشافعى لا يكون يمينا) لانه تعليق المعصية بالشرط فصار كما لو قال ان فعل كذا فهو زان أو شارب خمر ونحوه ولنا ماروى عن ابن عباس انه قال من حلف بالتهود فهو يمين ولان حرمته كحرمة

هتك

وهو جمع يمين وعند أهل البصرة هو من حروف القسم معناه والله ولو كان جمع يمين لما سقطت همزته عند الوصل (وعهد الله وميثاقه وعلى نذر ونذر الله) حتى اذا قال ان فعلت كذا فعلى نذر فان نوى قربة من القرب التى يصح النذر بها لزمه مانوى وان لم يكن له نية فعليه كفارة يمين (وان فعل كذا فهو كافر) (أو يهودى أو نصرانى أو برىء من الاسلام) وعند الشافعى لا يكون يمينا هذا اذا كان فى المستقبل أما اذا كان فى الماضى الذى تقدم ومه

هتك الاسم اذ لا يحتمل التبديل على ما بينا بخلاف الزنا وشرب الخمر لانه يحتمل التبديل فلا يكون كالكفر فى الحرمة زيلعى ومعنى احتمال النسخ فيها ان حرمتها تحتمل السقوط أما الخمر فظاهر وأما السرقة فعند الاضطرار وكذا اذا أكرهت المرأة بالسيف على الزنا وأما الربا ففى دار الحرب وعلى هذا يتفرع مالو قال هو يأكل الميتة أو يستحل الخمر والخنزير ان فعل كذا لانه علقه بما تسقط حرمته كما فى المجتبى بخلاف حرمة اسم الله تعالى فانها لا تحتمل السقوط قال فى الفتح وفيه نظر لان كون الحرمة تحتمل الارتفاع أو لا تحتمله لا أثر له فانه ان كان يرجع الى تحريم المباح فهو يمين والا لا وظاهر كلامهم انه لو تعورف الحلف به كان يمينا وظاهر مافى الفتح يفيد انه لو تعورف الحلف به لا يكون يمينا حيث قال ان معنى اليمين ان يعلق مايوجب امتناعه عن الفعل بسبب لزوم وجوده عند الفعل وليس بمجرد وجود الفعل أى فعل المحلوف عليه يصير زانيا أو سارقا لانه لا يكون كذلك الا بفعل مستأنف يدخل فى الوجود بخلاف قوله ان فعل كذا فهو كافر فانه بالرضا به يكفر من غير توقف على عمل آخر نهر (قوله فهو الغموس) كان كنت فعلت كذا فهو كافر وهو عالم انه فعله نهر (قوله فلا يكفر الخ) واختلف فى قوله الله يعلم انه فعل كذا وهو يعلم بخلافه وعامتهم على انه يكفر وقيل لا يكفر وهو رواية عن أبى يوسف لانه قصد ترويج الكذب دون الكفر كذا فى المجتبى نهر وكذا الوطى على المصحف قائلا ذلك لانه لترويج كذبه لا اهانة المصحف وفى المجتبى شهد الله لا أفعل يستغفر الله ولا كفارة وكذا أشهدك وأشهد ملائكتك وفى الذخيرة ان فعلت كذا فلا اله فى السماء يكون يمينا ولا يكفر وفى فانا برىء من الشفاعة ليس بيمين لان منكرها مبتدع لا كافر وكذا فصلاتى وصيامى لهذا الكافر وأما فصومى لليهود فيمين ان أراد به القربة لا ان أراد به الثواب درر بقى ان يقال ماسبق من قوله وكذا الوطى على المصحف الخ يفيد ان وضع القدم على المصحف لا يستلزم الاستخفاف ومثله فى الاشباه حيث قال يكفر بوضع الرجل على المصحف مستخفا والا فلا انتهى (قوله وان كان جاهلا وعنده الخ) وقع فى بعض النسخ أو عنده باو والصواب الواو بدليل مافى الدرر حيث قال وكفر ان كان جاهلا اعتقد انه كفر فى الماضى والمستقبل لانه اذا أقدم على ذلك الفعل وعنده انه يكفر فقد رضى بالكفر انتهى (قوله يكفر فى الماضى والمستقبل) لانه رضى بالكفر (قوله وحكى الطحاوى عن أصحابنا انه ليس بيمين) لاحتمال انه أراد به الفرائض زيلعى (قوله لا بعلمه) لانه يراد به المعلوم حتى لو أراد الصفة القائمة بذاته كان يمينا (قوله وغضبه وسخطه ورحمته) لعدم تعارف الحلف بها والغضب والسخط يراد بهما العقوبة ويراد بالرحمة أثرها وهو الجنة ومن ثم قلنا لو قال وعذاب الله وثوابه ورضاه ولعنته انه لا يكون يمينا وفى البدائع لو قال لا اله الا الله أو سبحان الله أو الله أكبر لا فعلن كذا لا يكون يمينا لعدم العادة وملكوت الله وجبروته يمين لانه من صفاته التى لا تستعمل الا فى الصفة وفى الخانية لو قال بصفة الله لا فعلن كذا لا يكون يمينا لان من صفاته ما يكون فى غيره نهر والسخط بفتح السين والخاء وضم السين وسكون الخاء خطأ حموى عن ابن الحلبى ولو قال وقدرة الله يكون يمينا مالم ينو المقدور وكذا قوته وارادته ومشيئته ورضاه ومحبته وكلامه وكذا سلطان الله ان أراد به القدرة والا فلا ولو قال لا اله الا الله لا أفعل لا يكون يمينا الا ان ينوى بحر فما سبق عن النهر من انه لو قال لا اله الا الله لا يكون يمينا محمول على عدم النية بقى أن مافى البحر من قوله ورضاه فيه نظر لانه مخالف لما سبق عن النهر من انه لا يكون يمينا ووجهه انه لم يتعارف الحلف به واليه أشار بقوله ومن ثم ويوافقه مافى الدرر من قوله ولا بصفة لا يحلف بها عرفا كرحمته وعلمه ورضاه الخ فالمدار على العرف حتى لو تعورف الحلف به كان يمينا والى ذلك يشير ماذكره الشارح من التعليل بعد قوله وهذا أى ماذكره العراقيون من الفرق بين صفات الذات وصفات الفعل غير مرضى عندنا الخ حيث علل بقوله لان الايمان مبنية على العرف ومن هنا ظهر انه ليس فى كلام الشارح مايقتضى موافقة ماذكره فى البحر بل كلامه ظاهر فى مخالفته (قوله والقرآن) لانه غير متعارف ولهذا نقل السيد الحموى عن البرجندى انه لو قال والقرآن مافعلت كذا وهو يعلم انه كاذب يستغفر الله ويتوب انتهى لكن فى النهر

فهو الغموس فلا يكفر فى المروى عن أبى يوسف وقال محمد بن مقاتل يكفر والاصح انه ان كان الرجل عالما يعرف انه يمين لا يكفر فى الماضى والمستقبل وان كان جاهلا وعنده انه يكفر بالحلف يكفر فى الماضى والمستقبل (ولو قال وأمانة الله) يكون يمينا فى رواية الاصل كذا قال والله الامين وحكى الطحاوى عن أصحابنا انه ليس بيمين (لا بعلمه) (وغضبه وسخطه ورحمته) أى اليمين مشروع بالله والنبى والقرآن والكعبة

عن الفتح ان الحلف به متعارف فيكون يمينا كما هو قول الائمة الثلاثة قال العيني وعندي انه لوحلف
بالمصحف أووضع يده عليه وقال وحق هذا فهو يمين (قوله ولوقال أنا بريء الخ) وكذا لوقال أنا بريء من
القبلة أومن المؤمنين أوالصلاة أوالصوم أومن صوم رمضان نهر عن المجتبى لكن في الخلاصة كل ما يكون
البراءة منه كفرا كالقرآن والصلاة فاذا قال أنا بريء منه فالمختار انه يكون يمينا حموي عن البرجندي ولو
قال من شهر رمضان فان أراد البراءة من فرضه كان يمينا وان أراد عن أجره لا يكون يمينا ولوقال فانا بريء
من كل آية في المصحف فيمين واحدة وكذا لوقال من الكتب الاربعة أومن الله ورسوله ولو كرر لفظ بريء كان
عليه كفارتان ولو زاد والله ورسوله بريئان منه كان عليه أربع كفارات وعلى هذا لوقال بريء من الفرقان
وبريء من التوراة وبريء من الانجيل وبريء من الزبور كان عليه أربع كفارات ولوقال ان فعلت كذا
فانا بريء من الله ألف مرة كان عليه كفارة واحدة وفي الخانية لوقال ودين الله وطاعته وحدوده اوشريعته
لا يكون يمينا (فرع) قال في الفتح الحالف بحياتك اوحياة راس السلطان ان اعتقد ان البر منه واجب كفر
وفي تتمة العتابي قال علي الرازي أخاف على من يقول بحياتي وحياتك أن يكفر ولولا ان العامة يقولونه
ولا يعلمونه لقلت انه شرك نهر وعن ابن مسعود لان احلف بالله كاذبا أحب الي من ان احلف بغير الله صادقا
واعلم انه وقع في كلام بعضهم زيادة قوله وكذا لوقال أنا بريء من الاسلام ولا حاجة اليه للاستغناء عنه بما
ذكره الشارح عقب قول المصنف وان فعل كذا فهو كافر (قوله ولوقال أنا بريء من المصحف لا يكون
يمينا) مخالف لما في النهر وحاصل ما في النهر عن المجتبى والخانية ان التبرأ من المصحف يمين وأما الحلف به من
غير تبرئ فليس بيمين (قوله وحق الله) لانه يحتمل الحقوق التي على العباد نحو الصلاة والزكاة وقال أبو
يوسف يمين لان حق الله حقيقته وبه قالت الثلاثة وهو المختار عندي عيني وفي الدر واختار في الاختيار
انه يمين للعرف ولو بالباء فيمين اتفاقا بحر قيد بالمضاف لان المعرف يمين اجماعا واعترض بان الحق المعرف
يطلق على غيره ومنه فماذا بعد الحق الا الضلال فلما جاءهم الحق من عندنا فكيف يكون يمينا بلا خلاف
وأجيب بانه ان نوى اليمين باسم الله يكون يمينا والا فلا وأنت خبير بانه على المختار اذا ثبت كونه اسما لله
لا يفتقر فيه الى النية وان أطلق على غيره نهر ولوقال حقا لا يكون يمينا لان المنكر منه يراد به تحقيق الوعد
فكأنه قال افعل كذا لا محالة زيلعي ولا يخفى ان ما ذكره من التعليل يفيد انه لم يرد به اسم الله تعالى وحينئذ
فلا ينافي ما ذكره قاضيخان من ان الصحيح انه ان أراد به اسم الله يكون يمينا والحاصل ان ما قيل من ان
الحق اذا ذكر منكرا لا يكون يمينا معللا بما قدمناه من انه يراد به تحقيق الوعد الخ لا ينافي تصحيح قاضيخان خلافا
لما يظهر من سياق كلام النهر وفي المجتبى بحرمة الله كحق الله وفي فتاوى النسفي بحرمة شهد الله اولا اله
الا الله ليس بيمين نهر والحرمة اسم بمعنى الاحترام وحرمة الله ما لا يحل انتهاكه فهو في الحقيقة قسم بغير الله
حموي عن البرجندي (قوله ووجهه عندهما) عبارة البحر ولوقال ووجه الله فهو يمين لان الوجه المضاف
الى الله تعالى يراد به الذات (قوله وعنه انه يكون يمينا) جعله العيني قولا لابي يوسف (قوله وان فعلته
فعلي غضب الله وسخطه الخ) تقدم الكلام عليه مستوفى فلا نعيده (قوله أوصفته) المراد بالصفة اسم
المعنى الذي لا يتضمن ذاتا ولا يحمل عليها بهو هو كالعظمة ونحوها بخلاف نحو العظيم نهر (قوله وهما
مشروعان) لا ينافي هذا ما سيأتي في كلام الشارح من ان الحلف بالله مشروع دون غيره لان ما سيأتي
على قول العراقيين وهو غير مرضي كما سيأتي (قوله ولكن الثاني مكروه عند البعض) صريح في ان الكراهة
لا تنافي المشروعية حموي ووجه الكراهة ما ورد من النهي عن الحلف بغير الله ووجه ما عليه العامة من
عدم الكراهة انه يحصل به الوثيقة وما ورد من النهي محمول على الحلف بغير الله تعالى لا على وجه الوثيقة
كقولهم بابيك ولعمرك (قوله مطلقا سواء أراد اليمين الخ) وسواء كان خاصا أومشتركا (قوله وقال
بعض أصحابنا الخ) رجحه بعضهم بانه ان كان مستعملا لله ولغيره لا يتعين ارادة احدهما الا بالنية كذا
في الفتح وهو خلاف المذهب لان هذه الاسماء وان كانت تطلق على الخلق لكن تعين الخالق مرادا بدلالة

ولوقال أنا بريء من النبي والقرآن
يكون يمينا ولوقال أنا بريء من
المصحف لا يكون يمينا بخلاف ما لوقال
أنا بريء مما في المصحف فانه يكون يمينا
(و) لا (حق الله) ووجهه عندهما وهو
رواية عن ابي يوسف وعنه انه يكون
يمينا (و) لا لوقال (ان فعلته فعلي
غضبه وسخطه أو) ان فعلته (أنا زان
او) أنا (سارق أو) أنا (شارب خمر
او آكل ربا) اعلم ان اليمين نوعان يمين
بالله سبحانه وتعالى أوصفته ويمين
بغيره وهما مشروعان ولكن الثاني
مكروه عند البعض وعند عامة
العلماء لا يكره أيضا ثم الاول اما
ان يكون باسم من أسماء الله تعالى
كالله والرحمن وسائر أسمائه عز وجل
أو بصفة من صفاته كعزته وجلاله
وكبريائه فان كان باسم من اسمائه
سبحانه صح اليمين مطلقا سواء
أراد اليمين اولم يرد وسواء تعارف
الناس الحلف به أولم يتعارفوا وقال
بعض أصحابنا كل اسم لا يسمى به غير
الله كالله والرحمن فهو يمين مطلقا
وما يسمى به غيره كالعليم والحكيم
والقادر فان أراد به يمينا فهو يمين

القسم

القسم الا ان ينوي به غير الله لانه نوى ما يحتمله كلامه فيصدق فيما بينه وبين الله تعالى شرنبلالية عن البحر
(قوله وان لم يرد به يمينا لم يكن يمينا) الى هنا تم قول بعض أصحابنا شيخنا (قوله وكذا الصفات) معطوف
على قوله صح اليمين مطلقا وليس من قول بعض اصحابنا والفرق بين صفات الفعل والذات ان كل وصف
جاز ان يوصف الله تعالى به وبضده فهو من صفات الفعل كالرضا والغضب والسخط والرحمة والمنع
والاعطاء وكل ما جاز ان يوصف به لا بضده فهو من صفات الذات كعزة الله وكبريائه وجلاله وقدرته زيلعي
(قوله وقالوا الخ) اي العراقيون (قوله والاصح ما قلنا) يعني ما سبق من قوله وكذا الصفات لوكان عرف
الناس الحلف بها بلا فرق بين صفات الذات وصفات الفعل شيخنا (قوله وهو اختيار مشايخ ماوراء النهر)
هو نهر جيحون وهذه الجهة أنزه بلاد الشرق واخصبها واكثرها خيرا وليس بها موضع خال من العمارة
من مدن وقرى وهو اصح الاهوية وماؤها اعذب المياه ومن مدنها بخارى وسمرقند وخجند وجند وغالب
أهلها صلحاء وبها الجوامع والرباطات وماوراء النهر من حدود خوارزم وجند بلد على طرف سيحون
شيخنا عن اللب قال وكذا خجند (قوله وحروفه الخ) فان قيل حروف القسم عام ودلالة العام كلية بمعنى ان
المحكوم عليه كل فرد ففاد العبارة ان كل حرف بعينه من حروف القسم الباء وما عطف عليها وهو باطل
قلت الحكم على العام تارة يكون على كل فرد وهو الاكثر وتارة يكون على المجموع كما في رجال البلد يحملون
الصخرة العظيمة وكلام المصنف من الثاني حموي واعلم ان الاول من قبيل الكلية بخلاف الثاني فانه من
قبيل الكل (قوله أي القسم) اشار بهذا التفسير الى ان الضمير راجع لليمين بمعنى القسم والا لوجب
التأنيث حموي لان اليمين مؤنثة سماعا (قوله الباء) أي وما عطف عليها بجعل العطف سابقا على الربط
لاجل صحة الاخبار حموي (قوله فالباء تدخل على المظهر والمضمر) نحو بالله وبه ويجوز اظهار الفعل معها
تقول حلفت بالله عيني (قوله لا تدخل الا على المظهر) كقوله والله والرحمن ولا تدخل على المضمر لا يقال
وك ولا وه مثل ما يقال بك وبه ولا اظهار الفعل معها لا يقال أحلف والله كما يقال أحلف بالله عيني (قوله
والتاء لا تدخل الا على مظهر واحد الخ) فلا يقال تالرحمن ولا تالرحيم وجاء ترب الكعبة وهو شاذ ولا
يجوز اظهار الفعل معها لا يقال أحلف تالله ولا أقسم تالله وله حروف أخر وهي لام القسم وحرف التنبيه
وهمزة الاستفهام وقطع الف الوصل والميم المكسورة والمضمومة كقولك لله وها الله وآلله وألله وم الله وم
الله عيني واللام بمعنى التاء ويدخلهما معنى التعجب وربما جاءت التاء لغير التعجب دون اللام زيلعي (قوله
لان الباء أصل) اذ هي صلة الحلف والاصل أقسم أواحلف حذف الفعل لكثرة الاستعمال مع فهم
المقصود ومعناها الالصاق لانها تلصق فعل القسم بالمحلوف به نهر (قوله ملحق به لمناسبة معنوية) هي
ما في الالصاق من الجمع الذي هو معنى الواو ولبدليته انحطت عنها فدخلت على المظهر فقط نهر (قوله
ملحق بالواو) اذ هي من حروف الزيادة ابدلت كثيرا منها كتراث فانحطت عنها درجتين فلم تدخل على المظهر
الا على اسم الله نهر (قوله وقد تضمر حروف القسم) لان حذف الحرف متعارف بينهم اختصارا ثم اذا
حذف الحرف ولم يعوض عنه ها التنبيه ولا همزة الاستفهام ولا قطع الف الوصل لم يجز الخفض الا في اسم
الله بل ينصب باضمار فعل أو يرفع على انه خبر لمبتدا مضمر الا في اسمين فانه التزم فيهما الرفع وهما أيمن الله
ولعمر الله زيلعي والاولى ان يكون المضمر هو الخبر لان أعرف المعارف هو الاسم الكريم والفرق بين
الحذف والاضمار ان الاضمار يبقى أثره بخلاف الحذف كذا في الدراية قال في الفتح فينبغي ان يكون في
حالة النصب محذوفا وفي الجر مضمرا واقول الظاهر ان المراد بالاضمار عدم الذكر فيصدق بالحذف واذا
تحقق هذا ظهر ان ما في البحر لم يقل تحذف للفرق بينهما وذكر ما مر بمعزل عن التحقيق لانه يكون حالفا مع
الحذف أيضا بل هو الكثير في الاستعمال وذاك شاذ والتزام ذلك الاصطلاح للفقهاء غير لازم نهر واقول
فيه نظر من وجهين اما اولا فلما ذكره في الرد على البحر من التعليل بانه يكون حالفا مع الحذف أيضا يقتضي
ان صاحب البحر لا يقول به وليس كذلك واما ثانيا فلما نقله السيد الحموي عن المغني من ان حذف الجار

وان لم يرد به يمينا لم يكن يمينا وكذا
الصفات لوكان عرف الناس الحلف
بها وقال العراقيون من مشايخنا
الحلف بصفات الذات كالقدرة
والعظمة والعزة والجلال والكبرياء
يمين والحلف بصفات الفعل كالرحمة
والسخط والغضب والرضا ليس بيمين
وقالوا ان ذكر صفات الذات كذكر
الذات وذكر صفات الفعل ليس
كذكر الذات والحلف بالله سبحانه
وتعالى مشروع دون غيره وهذا غير
مرضي عندنا لانهم يقصدون بهذا
الفرق الاشارة الى مذهبهم ان صفات
الفعل غير الله والمذهب عندنا ان
صفات الله سبحانه وتعالى لا هو ولا
غيره وكلها قديمة والاصح ما قلنا وهو
اختيار مشايخ ماوراء النهر لان الايمان
مبنية على العرف (وحروفه) أي
القسم (الباء) نحو بالله (والواو) نحو
والله (والتاء) نحو تالله فالباء تدخل
على المظهر والمضمر والواو لا تدخل
الا على المظهر والتاء لا تدخل الا على
مظهر واحد وهو والله لان الباء أصل
والواو ملحق به والتاء ملحق بالواو
(وقد تضمر) حروف القسم ويكون
حالفا كقوله الله لافعلن كذا
ثم عند أهل البصرة يكون

وبقاء عمله شاذ في غير القسم اما في القسم فطرد انتهى قيد باضمار الحروف لانه لا يضمر في المقسم عليه حرف
التأكيد وهو اللام والنون بل لابد من ذكرهما لما في المحيط والحلف بالعربية ان يقول في الاثبات والله
لافعلن كذا أو والله لقد فعلت كذا مقرونا بكلمة التوكيد وفي النفي يقول والله لا افعل كذا والله مافعلت
كذا حتى لو قال والله افعل كذا اليوم فلم يفعل لا تلزمه الكفارة ويكون بمعنى قوله لا افعل كذا فتكون
لا مضمرة فيه بحر لكن في الوقاية مع شرحها لصدر الشريعة لا يفعله يقع على الابد و يفعله على مرة اعلم ان
قوله لا يفعله هذا في العرف سلب لقوله يفعله وقوله يفعله واقع على مرة فقوله لا يفعله يكون للابد انتهى
فأنت ترى انه ترك في الاثبات اللام والنون فيخالف ما مر عن المحيط وقوله وفي النفي يقول والله لا افعل
كذا مفهومه انه لا يقول في النفي لا افعلن فلو قاله انعقدت يمينه على النفي وكانت النون زائدة غلطا
لاسيما اذا انضم الى التصريح بأداة النفي قصد الحالف الحلف على النفي وبه عرف جواب حادثة رفعت
للفقير حلف على عدم شراء الشئ بلفظ والله لا اشترينه فأجبت بانه يحنث بشرائه لان المضارع الواقع
جواب قسم انما يؤكد بالنون اذا كان مثبتا فان لم يكن مثبتا لم يؤكد بالنون نحو والله لا يفعل كذا وكذا
لا يؤكد بالنون المضارع الواقع جواب قسم الا اذا كان مستقبلا فان كان حالا نحو والله ليقوم زيد الآن
لا يؤكد أيضا قال ابن مالك في خلاصته * او مثبتا في قسم مستقبلا * شيخنا وظاهر ان هذا الجواب منه تأييد
لما في الوقاية وشرحها ومثله في النقاية وشرحها للقهستاني حيث اعتبر قصده الحلف على عدم الشراء
بخلاف ما سبق عن المحيط فانه مستلزم لعدم اعتبار قصده (قوله منصوبا بنزع الخافض) أي بالفعل
بسبب نزع الخافض وانما جعل النصب بالفعل دون نزع الخافض دفعا لما يرد عليه من ان نزع الخافض
غير عامل (قوله وعند اهل الكوفة الخ) قال في البحر و ينبغي انه اذا نصب يكون يمينا بلا خلاف لان
أهل اللغة لم يختلفوا في جواز كل واحد من الوجهين ولكن النصب اكثر كما ذكره عبد القاهر وبه اندفع
ما في المبسوط من ان النصب مذهب أهل البصرة والخفض مذهب أهل الكوفة الا ان يكون مراده ان
الخلاف في الارجحية لا في أصل الجواز انتهى بقي ان يقال ما اقتضاه كلام الشارح وغيره من انه يكون
حالفا مع الحذف والاضمار أي سواء نصب او جر هو احد قولين والقول الثاني ما نقله السيد الحموي عن
البرجندي من انه لا يكون يمينا الا اذا تكلم به مجرورا أما اذا اسكن الهاء او نصبها او رفعها فلا لانه لم يأت
بحرف القسم ولا باعرابه انتهى ومثله في البحر أيضا عن الظهيرية (قوله ولو قال لله يكون يمينا) والمذكور
في كتب النحو ان اللام انما تستعمل في القسم اذا كان المقسم عليه أمرا يتعجب منه انتهى حموي عن
البرجندي (قوله وكفارته) أي اليمين بمعنى القسم او الحلف فلا يرد انها مؤنثة سماعا نهر ولهذا تعقب
الشيخ شاهين العيني حيث قال أي كفارة اليمين بان الصواب كفارة الحلف او القسم وهذا من اضافة
الشئ الى شرطه اذ السبب كما سيأتي انما هو الحنث نهر ومصرفها مصرف الزكاة فكل من لا يجوز صرف
الزكاة اليه لا يجوز صرف الكفارة اليه فلا يعطيها لابيه وان علا ولا لولده وان سفل وكذا الصدقة
المنذورة ولو أعطى كفارة يمينه لامرأته وهي أمة لغيره ومولاها فقير لا يجوز كما لو أعطى أباه او امه وهما
مملوكان للغير لا يجوز بحر عن الخانية قال ويرد على الكلية الدفع الى الذمي فانه جائز في الكفارة دون
الزكاة انتهى لكن الفتوى على قول الثاني من عدم جواز دفعها للذمي در (تتمة) في البحر عن
الخلاصة والتجريد تتعدد الكفارة بتعدد اليمين والمجلس والمجالس سواء الخ قلت فكفارة اليمين لا تتداخل
فيها لكن حكى القهستاني فيه خلافا بل نقل عن المنية وشرف الائمة ترجيح التداخل اذا كثرت الايمان
ولو قال عنيت بالثاني الاول ففي حلفه بالله لا يقبل وبحج او عمرة يقبل وفي الاصل هو يهودي هو نصراني
يمينان وكذا والله والله أو والله والرحمن في الاصح واتفقوا ان والله و والرحمن يمينان و بلا عاطف واحدة
در والذي في البحر عن الاصل لو قال هو يهودي هو نصراني ان فعل كذا فيمين واحدة ولو قال هو يهودي
ان فعل كذا هو نصراني ان فعل كذا فهما يمينان انتهى واعلم ان ظاهر كلام البحر يقتضي ثبوت

منصوبا بنزع الخافض وعند اهل
الكوفة يكون مجرورا اليكون
الا على الحذف ولو قال لله يكون
يمينا الان معناه بالله اذ الباء واللام
تتعاقبان (وكفارته)

الخلاف في تعدد الكفارة اذا كان بين الاسمين المقسم بهما واو واحدة سواء اتحد الاسمان كقوله والله
والله او اختلفا كقوله والله والرحمن بخلاف ما اذا كان بينهما واوان فانه تتعدد عليه الكفارة باتفاق
وظاهر الرواية وبه أخذ اكثر المشايخ تعدد الكفارة اذا تخللت الواو الواحدة بين الاسمين مطلقا اتحدا
او اختلفا على ما هو الظاهر من عبارة البحر وروى الحسن عن أبي حنيفة ان عليه كفارة واحدة لانه اذا
اتحد ذكر الواو يحتمل ان تكون واو عطف ويحتمل ان تكون واو قسم فلا يثبت القسم بالشك بخلاف
ما اذا تعدد ذكر الواو لان أحدهما للعطف والآخر للقسم بحر وقيل لا تتعدد اليمين مع اتحاد الاسم الا اذا
كان بواوين وأما اذا اختلف فانها تتعدد ولو بواو واحدة وبهذا القول جزم في البرهان (قوله تحرير رقبة)
عبر بالتحرير بمعنى الاعتاق دون العتق اتباعا للآية وليفيدان الشرط الاعتاق فلو ورث من يعتق عليه
فنوى عن الكفارة لا يجوز بحر (قوله او اطعام عشرة مساكين) تحقيقا وتقديرا حتى لو اعطى مسكينا
واحدا في عشرة أيام كل يوم نصف صاع يجوز ولو أعطاه في يوم واحد بدفعات في عشر ساعات قيل يجزئ
وقيل لا وهو الصحيح لانه انما جاز اعطاؤه في اليوم الثاني تنزيلا له منزلة مسكين آخر لتجدد الحاجة (قوله
كما في الظهار) فيه ادخال الكاف على الضمير المنفصل وهو لا يجوز في السعة حموي (قوله في انه يجوز
الخ) ولا يجوز فائت جنس المنفعة ولا المدبر وأم الولد ولا المكاتب الذي أدى بعض شئ بحر (قوله مطلقا)
أي مسلمة او كافرة ذكرا أو انثى صغيرة او كبيرة بحر (قوله ويجوز في الطعام الخ) فان ملك أعطى نصف
صاع من بر او صاعا من تمر أو شعير لكل مسكين وان أباح غداهم وعشاهم فان كان خبز البر لا يحتاج الى
الادام وان غيره احتيج اليه وفي الخلاصة لو أعطى عشرة مساكين كل مسكين ألف من من الحنطة عن
كفارة الايمان لا يجوز الا عن كفارة واحدة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وكذا في كفارة الظهار وفي نسخة
الامام السرخسي لو أطعم خمسة مساكين وكسا خمسة أجزأه ذلك عن الطعام ان كان الطعام ارخص من
الكسوة وعلى القلب لا يجوز وهذا في طعام الاباحة أما اذا ملك الطعام فيجوز و يقوم مقام الكسوة
ولو أدى الى مسكين مدا من حنطة ونصف صاع من شعير يجوز بحر واستفيد منه ان المد ربع صاع وفيه
عن الخانية لو أعطى في كفارة اليمين عشرة مساكين كل مسكين مدا مدا ثم استغنوا ثم افتقروا ثم أعاد
عليهم مدا مدا عن ابي يوسف لا يجوز ذلك لانهم لما استغنوا صار وا بحال لا يجوز صرف الكفارة اليهم فيبطل
ما أدى كما لو أدى الى مكاتب مدا ثم رد في الرق ثم كوتب ثانيا ثم أعطاه مدا لا يجوز انتهى (قوله ونحوهما)
من كونها غير فائت جنس المنفعة ولا مستحقة للحرية بجهة (قوله او كسوتهم) كلمة او للتخيير فكان
الواجب أحد الاشياء الثلاثة والتخيير لا ينافي التكليف لان صحته بامكان الامتثال وهو ثابت لانه بفعل
أحدها فبطل قول من قال ان التخيير يمنع صحة التكليف فأوجب خصال الكفارة مع السقوط بالبعض
كما في التحرير وفي شرح المنار لو أدى الكل لا يقع عن الكفارة الا واحد وهو ما كان اعلى قيمة ولو ترك
الكل يعاقب على واحد وهو ما كان ادنى قيمة لان الفرض يسقط بالادنى بحر (تتمة) يجوز ان يكسو
مسكينا واحدا في عشر ساعات من يوم عشرة أثواب او ثوبا واحدا بان يؤديه اليه ثم يسترده منه اليه او الى
غيره بالهبة او غيرها الا ان لتبدل الوصف تأثيرا في تبدل العين لكن لا يجوز عند اكثرهم قهستاني عن
الكشف وقوله لكن لا يجوز الخ يحتمل تعلقه بالثانية فقط او بها وبالاولى أيضا وهو الظاهر بدليل
ما قدمناه من تصحيح عدم الاجزاء فيما اذا أعطى طعام العشرة لشخص واحد في عشر ساعات من يوم واحد
معللا بانه انما جاز اعطاؤه في اليوم الثاني لتجدد الحاجة (قوله بما يستر عامة البدن) وفي الثوب يعتبر حال
القابض ان كان يصلح للقابض يجوز والا فلا وقال بعض مشايخنا ان كان يصلح لاوساط الناس يجوز
وهو الاشبه بالصواب ولو أعطى ثوبا خلقا عن كفارة اليمين ان أمكن الانتفاع به اكثر من نصف مدة
الجديد يعني اكثر من ثلاثة أشهر جاز وأما القلنسوة فلا يجوز بحال واعلم انه لابد من النية لصحة التكفير
في الانواع الثلاثة بحر عن الفتح (تتمة) اللازم ثوب والافضل كسوة ثوبين او ثلاثة وهذا للرجل اما

تحرير رقبة أو اطعام عشرة مساكين
كما) أي كالتحرير والاطعام
(في) كفارة (الظهار) في انه يجوز
تحرير رقبة مطلقا ويجوز في الطعام
التمليك والاباحة ونحوهما الا في انه
على سبيل البدلية حتى انه لا يكون مخيرا
(أو كسوتهم بما يستر عامة البدن)

المرأة فلابد من خمار مع الثوب شرنبلالية (قوله حتى لايجوز السراويل) الا باعتبار قيمة الاطعام در
(قوله فان عجز عن أحدها) شرطه لانه لو كان عنده احد الثلاثة لايجوز له الصوم وان كان محتاجا اليه
بحر وقوله لانه لو كان عنده احد الثلاثة يشير الى ان المراد من قوله فان عجز عن أحدها أى عن واحد
لابعينه فالشرط العجز عن الثلاثة كما فى الدرر وقال قاضيخان لايجوز التكفير بالصوم الا من عجز عما سوى
الصوم فلايجوز لمن يملك ماهو منصوص فى الكفارة او يملك بدله فوق الكفاف والكفاف منزل
يسكنه وثوب يلبسه ويستر عورته وقوت يومه ولو كان له عبد يحتاج لخدمته لايجوز له التكفير بالصوم
لانه قادر على الاعتاق شرنبلالية ولو كفر بالصوم ناسيا لما فى ملكه من احد الثلاثة فالصحيح انه لايجزئه
ولو كان له مال وعليه دين فان قضى دينه بذلك المال كفر بالصوم وان صام قبل قضاء الدين قيل يجوز
وقيل لايجوز بحر وينبغى تقييد الخلاف بما اذا كان الدين حالا فان كان ما عليه من الدين مؤجلا فكفر
بالصوم قبل حلول الاجل لم يجز بالاتفاق ولا كلام انه لو كان ماله غائبا أو دينه مؤجلا فصام انه يجوز
نهر وقوله أو دينه مؤجلا راد الدين الذى له على غيره هذا اذا لم يكن ماله الغائب عبدا فان كان عبدا
يجوز فى الكفارة لايجوز له الصوم ولابد من بقاء العجز الى تمام الصوم حتى لو ايسر أو أعتق العبد قبل ان
يفرغ من الصوم ولو بساعة فاصاب مالا استأنف التكفير بالمال نهر وقوله أو أعتق بضم همزة اعتق
وكسر تائه يعنى كفر العبد بالصوم فقبل الفراغ اعتق وأصاب مالا استأنف التكفير بالمال (قوله
متتابعة) فالتفريق غير جائز ولو لعذر الحيض نهر عن الخلاصة (قوله وعند الشافعي ان شاء تابع وان
شاء فرق) لاطلاق النص ولنا قراءة ابن مسعود وأبى ثلاثة ايام متتابعات فجاز التقييد بها لانها مشهورة
زيلعى (قوله حالة الاداء) حتى لو وهب ماله وسلمه ثم صام ثم رجع فى الهبة أجزأه الصوم فهذا يستثنى من
قولهم ان الرجوع فسخ من الاصل در (قوله دون الوجوب) قيد بحالة الاداء دون الوجوب لان اعتبار
الفقر والغنى عندنا عند ارادة التكفير بخلاف الحد فان المعتبر فيه وقت الوجوب حتى يتنصف بالرق
شرنبلالية عن الفتح حتى لو كان وقت ارتكاب سبب الحد رقيقا ثم اعتق يحد حد الارقاء (قوله وعند
الشافعي عند الحنث) هو يعتبره بالحد فانه يعتبر فيه التنصيف بالرق وقت الوجوب ولنا أن الصوم بدل
عن التكفير بالمال فيعتبر فيه وقت الاداء كالتيمم بدل عن الماء فصار اليه عند عدم الماء وقت
الاستعمال بخلاف الحد فان حد العبيد ليس ببدل عن حد الاحرار زيلعى (قوله ولا يكفر قبل الحنث)
لان الكفارة لستر الجناية ولا جناية قبل الحنث واليمين ليست بسبب لوجوب الكفارة لان أدنى درجات
السبب ان يكون مفضيا الى الحكم طريقا له واليمين مانعة من الحنث محرمة له فكيف تكون سببا له زيلعى
ونظر فيه فى النهر بان كون الحنث جناية مطلقا ممنوع لانه قد يكون فرضا قال الحموى والاولى ان يقال
هذا التعليل مبنى على ما هو المستفيض الغالب واما كون الحنث يكون فرضا فذلك نادر كما يومئ اليه
التعبير بقد فى قولهم قد يكون فرضا انتهى ولو قدم التكفير لا يسترد من الفقير لانه وقع صدقة تطوعا كما
اذا قدم الزكاة قبل الحول ثم ذهب المال زيلعى بقى ان يقال ما سبق من ان اليمين ليست بسبب لوجوب
الكفارة مخالف لما فى العناية حيث قال فى وجوب الكفارة عند الحنث كلام لان الحنث حرام ومعصية
وفى الكفارة معنى العبادة حتى لا تجب الكفارة فى حنث الكافر وان حنث مسلما والحرام لا يكون سببا
للعبادة قلت السبب فى وجوب الكفارة اليمين والحنث شرط فلا تضاف الكفارة الى الشرط بل الى
السبب انتهى (قوله وعند الشافعي يجوز التكفير بالمال قبل الحنث) لقوله عليه السلام اذا حلفت
على يمين فكفر عن يمينك ثم ائت الذى هو خير وهذا صريح فى جواز تقديم الكفارة لان كلمة ثم للترتيب
ولنا ما سبق بيانه من ان الكفارة لستر الجناية ولا جناية قبل الحنث وتأويل ما رواه ان صح ان كلمة ثم فيه
بمعنى الواو كقوله تعالى فك رقبة أو اطعام فى يوم ذى مسغبة يتيما ذا مقربة او مسكينا ذا متربة ثم كان من
الذين آمنوا تقديره وكان قبل ذلك لان الاعمال الصالحة قبل الايمان لا يعتد بها زيلعى (تتمة) يجوز

التكفير

حتى لايجوز السراويل القصير
ولا قدر ما يستر به العورة الغليظة على
قولهما وهو الاصح وعن محمد ان ادناه
ما يستر العورة (فان عجز عن أحدها) وعند
صام ثلاثة ايام متتابعة) وان شاء فرق
الشافعي ان شاء تابع يعتبر حالة الاداء
ثم اليسار والاعسار وعند الشافعي عند
دون الوجوب حتى لو حنث وهو موسر
الحنث ثم اعسر جاز الصوم وبعكسه لا عندنا
وعنده على القلب (ولا يكفر قبل
الحنث) مطلقا سواء كان بالمال
او بالصوم وعند الشافعي يجوز
التكفير بالمال قبل الحنث

التكفير بعد الجرح قبل الموت بالاتفاق على ما يعلم من كلامهم لكونه بعد السبب اذ الجرح مفض الى الموت
وما ذكره عزمى من ان المراد جرح الصيد فى الحرم تعقبه الشيخ عبد الحى بانه لا وجه له بل كذا جرح الآدمى
خطأ كما يؤخذ من كلام الزيلعى وغيره انتهى (قوله دون الصوم) لان المالى يحتمل الفصل بين وجوبه
ووجوب ادائه أما البدنى فلا يحتمل الفصل فلما تأخر الاداء لم يبق الوجوب لان الفعل لما وجب وجب
اداؤه اذ الصوم هو الاداء بعينه بخلاف المالى لان المال مع الفعل متغاير فجاز ان يتصف المال بالوجوب
ولا يثبت وجوب الاداء زيلعى (قوله ومن حلف على معصية) قيد بالمعصية لانه لو لم يكن فتارة يكون
الحنث أولى كالحلف على ترك وطء زوجته شهرا أو ضرب عبده أو شكاية مديونه ان لم يواف به وتارة يكون
البر أولى كما اذا حلف ان لا يأكل هذا الخبز ولا يلبس هذا الثوب ولو قيل انه واجب لقوله تعالى واحفظوا
أيمانكم على ما هو المختار فى تأويلها انه البر فيها امكن كذا فى الفتح وبقى قسم رابع وهو ان يكون المحلوف
عليه واجبا قبل الحلف نحو لأصلين الظهر اليوم فان البر فيه فرض وكذا اذا كان المحلوف عليه ترك
معصية نهر (قوله أو ليقتلن فلانا) هذا اذا كانت يمينه موقتة فان كانت مطلقة لا يحنث الا فى آخر جزء
من اجزاء حياته فيوصى بالكفارة اذا هلك الحالف ويكفر اذا هلك المحلوف عليه (قوله ينبغى ان يحنث
نفسه ويكفر) لقوله عليه السلام من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت الذى هو خير ثم ليكفر
عن يمينه معناه من حلف على مقسم عليه من فعل أو ترك لان اليمين مركبة من مقسم به وهو بالله ومقسم
عليه وهو قوله لا فعلن أو لا افعل فكان من باب ذكر الكل وارادة البعض وفى وجه الاستدلال به نظر لانه
قال ورأى غيرها خيرا منها فالمدعى مطلق والدليل مشروط برؤية غيرها خيرا والجواب ان حال المسلم
يقتضى ان يرى ترك المعصية خيرا منها فيجعل الشرط موجودا نظرا الى حاله عناية (قوله ولا كفارة على
كافر وان حنث مسلما) لعدم اهليته لليمين لقوله تعالى انهم لا أيمان لهم ولان الكفارة عبادة فى ذاتها
وكونها عقوبة بالنظر الى سببها والكافر ليس اهلا للعبادة ولا لحكمها فلا تشرع فى حقه اصلا وعن هذا قلنا
لو انه ارتد بعد ما حلف مسلما ثم اسلم فحنث لا تلزمه الكفارة وكذا لو نذر ما هو قربة من صدقة أو صوم
لا يلزمه شئ وقوله تعالى وان نكثوا أيمانهم من بعد عهدهم فالمراد بها صورة الايمان اذ المقصود منها رجاء
النكول والكافر وان لم تثبت اليمين فى حقه شرعا لكنه يعتقد حرمة اليمين بالله تعالى نهر وزيلعى (قوله
وعند الشافعي تلزمه الكفارة) لان اليمين تعقد للبر وهو اهل له لان البر يتحقق ممن يعتقد تعظيم حرمة
اسم الله فيحمله اعتقاده على البر ولهذا يستحلف فى الدعاوى والخصومات ولنا قوله تعالى فقاتلوا أئمة
الكفر انهم لا أيمان لهم ولانه ليس باهل لليمين لان المقصود منه البر تعظيما لله والكافر ليس من اهله لانه
هاتك حرمة الاسم بالكفر والتعظيم مع الهتك لا يجتمعان بخلاف الاستحلاف فى الخصومات لانه اهل
لمقصوده وهو النكول أو الاقرار زيلعى وقوله لمقصوده أى لمقصود الاستحلاف أى للمقصود من
الاستحلاف على الحذف والايصال (قوله ومن حرم ملكه) وقع اتفاقا لانه لا يشترط فى اليمين ان يكون
مالكا له حتى لو قال ملك فلان أو ماله على حرام يكون يمينا الا اذا أراد به الاخبار عن الحرمة زيلعى واعلم
ان المراد من قوله ومن حرم ملكه أى على نفسه اما لو جعل حرمته معلقة على فعله فلا تلزمه الكفارة كما لو
قال ان اكلت هذا الطعام فهو على حرام فاكله لا يحنث شرنبلالية عن البحر ثم اعلم انه اذا كان ملكه محرما
كالخمر وقال هذا حرام على ثم اقدم على شربه فعند أبى حنيفة تجب الكفارة وعند أبى يوسف لا تجب
والمختار للفتوى انه ان اراد به التحريم تجب الكفارة وان اراد الاخبار او لم ينو شيئا لا تجب كذا فى
المنصورية ولو قال هذه الدراهم التى فى يدى حرام على ان اشترى بها شيئا يحنث وان وهب أو تصدق
بها لا يحنث لانه فى العرف يراد بهذا التحريم الشراء حموى عن البرجندى ومثله فى الزيلعى معللا بان
المراد بالتحريم حرمة الاستمتاع عرفا لا حرمة الصدقة والهبة انتهى (قوله لم يحرم) لانه قلب المشروع
ولا قدرة له على ذلك عينى واعلم ان المراد من قوله لم يحرم أى لعينه فلا يرد ما استشكله به بعضهم بانه لما

دون الصوم (ومن حلف على
معصية) مثل ان لا يصلى أو لا يكلم
أباه أو ليقتلن فلانا فى هذا اليوم مثلا
(ينبغى) أى يجب (ان يحنث) نفسه
(ويكفر) عن يمينه لا يقال الحنث
معصية أيضا لهتك حرمة اسم الله تعالى
لان هذه معصيته رخصت فى الشرع
وما ذكرنا من المعاصى ليس بمرخص
(ولا كفارة على كافر وان حنث)
حال كونه (مسلما) وعند الشافعي
تلزمه الكفارة (ومن حرم ملكه) بان
قال حرمت على ثوبى هذا (لم يحرم)
(و) لكن (ان استباحه) على نفسه
اى عامل بالمباح

لم نحرم لم يصح فيه لفظ الاستباحة ولا وجوب التكفير لان لفظ الاستباحة انما يذكر عند تناول الحرام
وكذلك وجوب الكفارة انما يذكر عند ارتكاب الحرام والجواب ما اشرنا اليه من ان المراد بقوله لم يحرم أى
لعينه فلا ينافى ثبوت الحرمة لغيره وهو اليمين الثابتة بقوله تعالى يا أيها النبى لم تحرم ما أحل الله لك حموى
عن المفتاح (قوله كفر) ليمينه لان تحريم الحلال يمين ومنه قولها لزوجها أنت على حرام أو حرمتك على
نفسى فلو طاوعته فى الجماع أو اكرهها كفرت مجتبى وفيه اكل هذا الرغيف على حرام حنث بالبعض وفى
والله لا آكله لا يحنث الا بالكل زاد فى الاشباه الا اذا لم يمكن اكله فى مجلس واحد در واعلم ان ما سبق من
قوله ومنه قولها لزوجها أنت على حرام الخ جعله فى البحر داخلا تحت قول المصنف ومن حرم ملكه ونصه
وعبر بمن ليشمل ما لو قالت لزوجها انت على حرام الخ لكن تعقبه فى النهر بان فى شمول كلامه لذلك نظرا
بينا ووجه النظر كما ذكره الحموى ان جماعه لها واستمتاعه بها ليس مملوكا لها حتى يدخل فى عموم قوله ومن
حرم ملكه انتهى (قوله وقال الشافعى لا كفارة عليه) لانه قلب الموضوع فلا تنعقد اليمين الا فى النساء
والجوارى ولنا قوله تعالى يا أيها النبى لم تحرم ما احل الله لك ثم قال قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم وقال
أنس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت له امة يطؤها فلم تزل به عائشة وحفصة حتى حرمها على
نفسه فانزل الله عز وجل يا أيها النبى لم تحرم ما احل الله لك الخ الآية وقيل انه عليه السلام كان حرم
العسل على نفسه والتمسك بالنص ظاهر لان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ولان التحريم لما صار
يمينا فى الجوارى فكذا جميع المباحات اذ لا فرق بين مباح ومباح زيلعى بقى ان يقال ما سبق من قوله
لم يحرم أى لعينه فلا ينافى ثبوت الحرمة لغيره وهو اليمين يشير الى الجواب عما عساه يقال كيف يكون
مخيرا بين الفعل والترك مع انه بالفعل يحنث ويأثم بان يقال ثمرة التخيير تظهر فى تجويز الفعل وان لزم منه
الحنث والاثم والا يلزم نسبة المصطفى صلى الله عليه وسلم لفعل ما لا يجوز (قوله والقياس ان يحنث
كما فرغ) لان كلمة كل للعموم وقد باشر فعلا مباحا كما فرغ من يمينه وهو التنفس ونحوه وجه الاستحسان
ان المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم فيسقط اعتباره فاذا سقط ينصرف الى الطعام والشراب
للتعارف فانه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول المرأة الا بالنية لسقوط اعتبار العموم واذا نواها كان
ايلاء ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب لما فيه من التخفيف وهذا جواب ظاهر الرواية زيلعى
وعزاه فى البحر الى الهداية ثم قال مع ان عبارة الحاكم فى الكافى اذا قال الرجل كل حل على حرام سئل عن
نيته فان نوى يمينا فهى يمين يكفرها ولا تدخل امرأته فى ذلك الا ان ينوى فان نواها دخلت فان اكل
أو شرب أو قرب امرأته حنث وسقط عنه الايلاء وان لم يكن له نية فهو يمين يكفرها ولا تدخل امرأته فيها
ولو نوى به الطلاق فالقول فيه كالقول فى الحرام أى يصح ما نوى وان نوى الكذب فهو كذب انتهى
يقتضى ان الامر موقوف على نيته وانه لو نوى الكذب لا يلزمه شئ وهو غير مستفاد من عبارة الهداية
انتهى (قوله والفتوى على انه تبين امرأته بلا نية) قال البزدوى فى مبسوطه هكذا قال بعض مشايخ
سمرقند ولم يتضح فى عرف الناس فى هذا لان من لا امرأة له يحلف به كما يحلف ذو الحليلة ولو كان العرف
مستفيضا فى ذلك لما استعمله الا ذو الحليلة فالصحيح ان يقال ان نوى الطلاق يكون طلاقا فاما من غير دلالة
فالاحتياط ان يقف الانسان فيه ولا يخالف المتقدمين انتهى قال الكمال وهذا اللفظ لم يتعارف فى
ديارنا بل المتعارف حرام على كلامك ونحوه كاكله ولبسه وتعارفوا أيضا الحرام يلزمنى ولا شك فى انهم
يريدون الطلاق معلقا فانهم يذكرون بعده لا افعل كذا أو لافعلن وهو مثل تعارفهم الطلاق يلزمنى
لا افعل كذا فانه يريد ان فعلت كذا فهى طالق ويجب امضاؤه عليهم انتهى (تنبيه) اذا لم يكن
له امرأة وقد حلف بالصيغة العامة يلزمه كفارة يمين اذا أكل أو شرب شرنبلالية عن البحر ولو كان له
وقت اليمين امرأة فابانها ثم فعل المحلوف عليه بعد العدة لا كفارة عليه لانصرافها الى الطلاق ولو نكح
امرأة بعد اليمين ثم باشر الشرط اختلفوا والفتوى على ان زوجته لا تبين لانه جعل يمينا وقته فلا ينصرف

الى

٢ سنذكر الالفاظ الفارسية بترجمتها فى احدى الملازم الآتية ان شاء الله تعالى

(كفر) وعند الشافعى لا كفارة عليه (و) لو قال (كل حل على حرام فهو) واقع (على الطعام والشراب) فيحنث باكله وشربه وان قل الا ان ينوى غير ذلك والقياس ان يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا حلالا كالتنفس وفتح العينين ونحوهما وهو قول زفر (والفتوى على انه تبين امرأته بلا نية) أى نية الطلاق وكذا لو قال حلال بروى حرام أو حلال الله أو حلال المسلمين وان قال لم انو الطلاق لم يصدق قضاء وفى قوله هرچه ٢ بدست راست گيرم بروى حرام قيل يجعل طلاقا بلا نية وهو اختيار مشايخ سمرقند والصحيح ان تقيد الجواب ونقول ان نوى الطلاق يكون طلاقا ولو قال هرچه بدست چپ گيرم قيل لا يكون طلاقا الا بالنية ولو قال هرچه بدست گيرم قيل لا يكون طلاقا الا بالنية وقيل لا تشترط النية

الى الطلاق بعد نهر (قوله ولو قال حلال الله على حرام وله امرأتان الخ) ينظر وجهه ويراجع البحر
والنهر حموى قلت ظاهر ما فى البحر والنهر عن الظهيرية من وقوع الطلاق البائن عليهن اذا كن ثلاثا
أو اربعا وقوعه عليهما أيضا لكن استدرك عليه فى النهر بما فى الدراية لو كان له امرأتان وقع الطلاق
على واحدة واليه البيان فى الاظهر كقوله امرأتى على كذا وله امرأتان او اكثر انتهى وظاهر قوله أو اكثر
أن وقوع الطلاق على واحدة واليه البيان لا يخص الثنتين بل كذلك لو كن ثلاثا أو اربعا فهو قول مقابل
لما سبق عن الظهيرية وحيث كان وقوع الطلاق على واحدة واليه البيان هو الاظهر مطلقا سواء كان
له امرأتان أو اكثر فما فى الظهيرية من وقوعه على الكل خلاف الاظهر وان كان فى البحر لم يحك خلافه
ولم يذكر ما نقله فى النهر عن الدراية (قوله ومن نذر الخ) النذر ايجاب الانسان على نفسه شيئا حموى عن
المفتاح والنذر لا يدخل تحت الحكم فلا يجبره القاضى درر ولهذا ازيلعى فى الاكراه بانه لا مطالب له فى
الدنيا شيخنا (قوله وفى به) الوفاء ضد الغدر يقال وفى بعهده وفاء واوفى بمعنى شيخنا عن المختار وقوله
وفى أى عليه الوفاء به وجوبا هداية ومن المتأخرين من قال بفرضيته وهو الاظهر شرنبلالية عن البرهان
واراد بقوله وفى أى يلزمه الوفاء باصل القربة التى التزمها الا بكل وصف التزمه لانه لو عين درهما أو فقيرا
أو مكانا للتصدق أو للصلاة فان التعيين ليس بلازم بحر بخلاف الوقف على الفقراء المقيمين ببلدة كذا
لان مراعاة شرط الواقف لازم شيخنا واعلم انه يشترط لصحة النذر ان يكون من جنسه واجب أى فرض
وان يكون عبادة مقصودة فخرج الوضوء وتكفين الميت كصوم وصلاة وصدقة ووقف واعتكاف
واعتاق رقبة وحج ولو ماشيا فانها عبادات مقصودة ومن جنسها واجب لوجوب العتق فى الكفارة والمشى
للحج على القادر من أهل مكة والقعدة الاخيرة فى الصلاة وهى لبث كالاعتكاف ووقف مسجد للمسلمين
واجب على الامام من بيت المال والا فعلى المسلمين فتح فلا يلزم الناذر ما ليس من جنسه فرض كعيادة
مريض وتشييع جنازة ودخول مسجد ولو مسجد الرسول او الاقصى لانه ليس من جنسها فرض مقصود
وهذا هو الضابط درر وفى البحر شرائطه خمس فزاد ان لا يكون معصية لذاته فصح نذر صوم يوم النحر
لانه لغيره وان لا يكون واجبا عليه قبل النذر فلو نذر حجة الاسلام لم يلزمه شئ غيرها وان لا يكون ما التزمه
اكثر مما يملكه أو ملكا لغيره فلو نذر التصدق بالف ولا يملك الا مائة لزمه المائة فقط خلاصة انتهى
قلت ويزاد ما فى زواهر الجواهر ان لا يكون مستحيل الكون فلو نذر صوم امس أو اعتكافه لم يصح
نذره در واعلم ان ظاهر كلامه يعطى انه لو قال لله على ان اهدى هذه الشاة وهى ملك الغير لا يلزمه شئ
لفقد شرط الصحة وهو ان لا يكون المنذور فى ملك غيره وبه صرح فى البزازية لكن يشكل بما ذكره فيها
من انه لو قال لاهدين هذه الشاة والمسئلة بحالها يلزمه النذر وان نوى يمينا كان يمينا انتهى فينظر وجه
الفرق ولهذا قال فى النهر والفرق بالتأكيد وعدمه مما لا أثر له يظهر فى صحة النذر وعدمه ثم على
الصحة هل يلزمه قيمتها أو يتوقف الحال على ملكها محل تردد انتهى واعلم انه وقع فى النهر والفرق بين
التأكيد وعدمه الخ والصواب بالتأكيد كما ذكرنا (تتمة) حلف بالنذر ينوى صياما ولم ينو عددا
معلوما صام ثلاثة ايام واذا نوى صدقة ولم ينو عددا اطعم عشرة مساكين لكل مسكين نصف صاع
(قوله فى الصورتين) يعنى المطلق والمعلق لكن يجب فى الحال فى المطلق وعند وجود الشرط فى المعلق
لان المعلق كالمنجز عند وجود الشرط زيلعى (قوله مطلقا) أى سواء علقه بشرط يراد كونه أولا (قوله
وعند محمد) فى اكثر نسخ الدرس وعن محمد (قوله اذا علق نذره بشرط يريد كونه الخ) وهذا التفصيل
مختار صاحب الهداية وهو وان كان قول المحققين فهو خلاف ظاهر الرواية ونظر فيه صاحب العناية
وبين وجه النظر وقال عليه الوفاء بنفس النذر ولا ينفعه كفارة يمين لاطلاق الحديث يعنى قوله عليه
السلام من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى ورددت نظره برسالة وقد بينت صحة حصر الصحة فيما قاله
صاحب الهداية فيتخير الناذر بين الوفاء بعين المنذور وبين كفارة يمين فيما اذا علق النذر بما لا يراد

ولو قال حلال الله على حرام وله امرأتان يقع الطلاق على واحدة واليه البيان فى الاظهر (ومن نذر نذرا مطلقا) بان قال لله على صوم شهر مثلا (أو معلقا بشرط ووجد الشرط (وفى به) فى الصورتين مطلقا وعن الشافعى انه يتعين عليه كفارة اليمين فيما اذا علق نذره بشرط لا يريد كونه وعن محمد انه اذا علق نذره بشرط يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضى أو رد غائبى لا يخرج عنه بالكفارة

كونه وعليه الفتوى شرنبلالية والحاصل ان فى المسئلة ثلاثة اقوال الاول لزوم الوفاء بالمنذور والثانى التفصيل الثالث التخيير مطلقا استفيد هذا من قوله فى البحر بعد عزوه التفصيل لصاحب الهداية والمذكور فى ظاهر الرواية لزوم الوفاء بالمنذور عينا منجزا كان أو معلقا وفى رواية النوادر هو مخير بين الوفاء و بين كفارة اليمين الخ و وجه الاستفادة ان قوله وفى رواية النوادر الخ باطلاقه شامل لما اذا كان مطلقا أو معلقا وكذا يشمل مالو علقه على شرط يراد كونه واستفيد مما قدمناه ان الترجيح اختلف فالشرنبلالى رجح تفصيل صاحب الهداية وصاحب العناية رجح لزوم الوفاء بالمنذور مطلقا تمسكا باطلاق الحديث ولم أر من رجح القول بالتخيير مطلقا ومافى البحر من قوله بعد ان عزا القول بالتخيير الى رواية النوادر قال فى الخلاصة و به يفتى فتحصل ان الفتوى على التخيير مطلقا تعقبه فى النهر بان وضع المسئلة فى الخلاصة فى التعليق الذى لا يراد كونه يمنع ما ادعاه من الاطلاق اعنى سواء اريد كونه أولا (قوله ويجب عليه الوفاء) تبع فى القول بالوجوب صاحب الهداية لكنه خلاف الاظهر كما سبق (قوله يتخير بين الكفارة و بين الوفاء الخ) لان كلامه نذر بظاهره يمين بمعناه لانه قصد به المنع عن ايجاد الشرط فيميل الى أى الجهتين بخلاف ما اذا علق بشرط يريد ثبوته لان معنى اليمين وهو قصد المنع غير موجود لان قصده الرغبة فيما جعله شرطا درر (قوله رجع الى هذا القول) وهو التخيير فيما اذا علقه على شرط لا يراد كونه بعد ان كان يقول يلزمه الوفاء بما سمى من غير تخيير هذا حاصل ما يستفاد من كلام الشارح وفيه مخالفة لما فى الخلاصة حيث قال لو جعل على نفسه حجا أو صلاة أو صدقة مما هو طاعة ان فعل كذا ففعله لزمه ذلك الشئ ولم تجزه كفارة اليمين فى ظاهر الرواية والمروزى كان يقول ان شاء صام أو صلى أو حج وان شاء كفر وعن أبى حنيفة انه رجع عن هذا قبل موته بسبعة أيام وقال يجب فيه الكفارة قال السرخسى وهو اختيارى لكثرة البلوى وهكذا اختاره الشهيد وبه يفتى انتهى ولهذا قال السيد الحموى المستفاد من عبارة الخلاصة آخرا ان الفتوى على وجوب الكفارة لا التخيير انتهى (قوله و به أى بالتخيير كان يفتى اسماعيل الزاهد الخ) فعلى هذا اختلف النقل عن السرخسى فالشارح نقل عنه الافتاء بالتخيير وصاحب الخلاصة نقل عنه اختيار وجوب الكفارة من غير تخيير و يمكن دفع المخالفة اذ ما فى الخلاصة من وجوب الكفارة لا ينافى انه يخرج عن العهدة بايفاء ما التزمه وعليه فاسم الاشارة من قوله رجع عن هذا يرجع لما ذكره أولا من قوله ولم تجزه كفارة اليمين لا لما ذكره المروزى من التخيير خلافا لما فهمه السيد الحموى (قوله بر) لقوله عليه السلام من حلف وقال ان شاء الله بر فى يمينه الا انه لا بد من الاتصال لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع فى اليمين الا اذا كان انقطاعه لتنفس اوسعال ونحوه فانه لا يضر وظاهر كلام المصنف ان اليمين منعقدة الا انه لا حنث عليه اصلا لعدم الاطلاع على مشيئة الله تعالى وهذا قول أبى يوسف وعند أبى حنيفة ومحمد التعليق بالمشيئة ابطال وكذا كل ما يتعلق بالقول فالمشيئة المتصلة به ولو حكما تبطله كنذر وطلاق وعتاق واقرار عبادة أو معاملة وكذا سائر العقود سواء قصد الاستثناء أو لم يقصد علم حكمه أو لم يعلم بخلاف المتعلق بالقلب كالنية بحر وشرنبلالية وهذا اذا كان القول بصيغة الاخبار فلو بالامر أو النهى كاعتقوا عبدى بعد موتى ان شاء الله و بيعوا عبدى هذا ان شاء الله لم يصح الاستثناء در ففى الاول يبقى موصى له بالعتق وفى الثانى يبقى وكيلا ببيعه لكن قال الحموى فى حاشية الاشباه وظاهر اطلاق المصنف فى الاقوال يشمل الاوامر وفى ذلك خلاف قال فى العمادية الاستثناء هل يعمل فى الاوامر قيل يعمل وقيل لا وصرح بان ان شاء الله فى الصوم لطلب التوفيق فظاهره انها ليست فيه للاستثناء حتى يقال ان النية ليست من الاقوال فلا تبطل بالاستثناء (تتمة) روى ان محمد بن اسحاق صاحب المغازى كان عند المنصور فكان يقرأ عنده المغازى وأبو حنيفة كان حاضرا عنده فاراد ان يغرى الخليفة عليه فقال ان الشيخ يخالف جدك فى الاستثناء المنفصل فقال له ابلغ من قدرك ان تخالف جدى فقال ان هذا يريد ان يفسد عليك

ويجب عليه الوفاء وان علقه بشرط لا يريد كونه كدخول الدار ونحوه يتخير بين الكفارة وبين الوفاء بما التزم وهو قول الشافعى فى الجديد وروى ان أبا حنيفة رجع الى هذا القول قبل موته بسبعة ايام وبه كان يفتى اسماعيل الزاهدى وشمس الائمة السرخسى ومشايخ بلخ (ولو وصل بحلفه ان شاء الله) بان قال والله لافعلن كذا ان شاء الله (بر)

ملكك لانه اذا جاز الاستثناء المنفصل فبارك الله لك فى عهودك اذا فان الناس يبايعونك و يحلفون ثم يخرجون و يستثنون ثم يخالفون ولا يحنثون فقال نعم ما قلت وغضب على محمد بن اسحاق وأخرجه من عنده وقال لابى حنيفة استر هذا على زيلعى (قوله والمراد به عدم الانعقاد) لان فيه عدم الحنث كالبر فاطلق عليه زيلعى (فروع) نذر ان يذبح ولده فعليه شاة لقصة الخليل والغاه الثانى والشافعى كنذره بقتله ولغا لو كان بذبح نفسه أو عبده وأوجب محمد الشاة ولو بذبح أبيه أو جده أو امه لغا اجماعا الا انهم ليسوا من كسبه ولو قال ان برأت من مرضى هذا ذبحت شاة أو على شاة اذبحها فبرأ لا يلزمه شئ لان الذبح ليس من جنسه فرض بل واجب كالاضحية الا اذا زاد واتصدق بلحمها لان التصدق من جنسه فرض وهى الزكاة فتح و بحر ففى متن الدر تناقض تنوير وشرحه واعلم ان النذر المعلق على شرط يريد كونه لا يصح تعجيله قبل وجود شرطه تنوير فيما سبق بقى ان يقال ما سبق من تعليله عدم اللزوم فيما اذا قال ان برأت من مرضى على ذبح شاة بان الذبح ليس من جنسه فرض يفيد ان هدى المتعة والقران ليس بفرض

(باب اليمين فى الدخول والسكنى والخروج والاتيان وغير ذلك)

من الركوب لما كان انعقاد اليمين للفعل أو الترك لم يكن بد من ذكر أنواع الافعال فذكر فى هذا الباب خمسة أفعال وقدم الدخول والسكنى لان أوّل ما يحتاج اليه الانسان المسكن الذى يدخل فيه ثم تتوارد عليه الافعال نهر (قوله مبنية على العرف) فلا حنث فى لا يهدم بيتا ببيت العنكبوت الا بالنية درعن الفتح والمراد عرف الحالف فان كان من أهل اللغة اعتبر فيه عرف أهلها وان لم يكن اعتبر عرف غيرهم وفى مشترك الاستعمال يعنى بين أهل اللغة وأهل العرف تعتبر اللغة على انها العرف نهر و بحر واعلم ان بناء الايمان على العرف مقيد بما اذا لم يكن له نية فان كانت واللفظ يحتمله انعقدت اليمين باعتباره كذا فى الفتح وفى البحر عن الحاوى المعتبر فى الايمان الالفاظ دون الاغراض انتهى ولعله قضاء وما ذكره الكمال ديانة فلا مخالفة شرنبلالية و يتفرع على اعتبار الالفاظ دون الاغراض مالو اغتاظ على شخص فحلف لا يشترى له شيئا بفلس فاشترى له بدرهم أو أكثر لا يحنث كمن حلف لا يخرج من الباب فخرج من السطح لان العبرة لعموم اللفظ الا فى مسائل حلف لا يشتريه بعشرة حنث باحدى عشر بخلاف البيع تنوير وشرحه عن الاشباه ثم رأيت فى القهستانى ما نصه واعلم انه يراعى اللفظ والغرض فى الايمان وقيل يراعى اللفظ لا الغرض وقيل هذا عند أبى يوسف واما عند الطرفين فيراعى الغرض انتهى (قوله على الحقيقة) يعنى اللغوية درلان الحقيقة أحق بالارادة زيلعى لكن قال السيد الحموى وشيخنا ان مذهب الشافعى ليس كذلك بل الايمان عنده مبنية على العرف انتهى واختلف النقل عن الامام أحمد فالعينى ذكره مع الشافعى فى انها مبنية على الحقيقة وفى البحر ذكر انها عنده مبنية على النية مطلقا وكذا فى الدر قال شيخنا فيكون عن أحمد روايتان انتهى والظاهر ان المراد من قوله فى البحر مطلقا أى سواء كان ما نواه حقيقة أم لا (قوله وعند مالك على معانى كلام القرآن) لانه نزل على أصح اللغات وأفصحها قلنا ان غرض الحالف ما هو المعهود المتعارف عنده فيتقيد بغرضه ولهذا لو حلف لا يجلس على الفراش أو على البساط أو لا يستضئ بالسراج لا يحنث بجلوسه على الارض ولا بالاستضاءة بالشمس زيلعى (قوله لا يحنث بدخول الكعبة الخ) لان البيت عرفا ما أعد للبيتوتة وهذه البقاع لم تبن لها و ينبغى ان يحنث بالدخول فى البيت الحرام والمسجد ان نوى ذلك لان الآيات القرآنية ناطقة باطلاق اسم البيت عليهما نهر (قوله والبيعة) بكسر الموحدة نهر وفى الغاية البيعة متعبد النصارى والكنيسة لليهود وقال القتبى فى تفسير لهدمت صوامع للصابئين و بيع للنصارى وصلوات أى بيوت صلوات يعنى كنائس لليهود ومساجد للمسلمين وفى الخلاصة عن الاصل حلف لا يسكن بيتا ولا نية له فسكن بيتا من شعر او فسطاطا

والمراد به عدم الانعقاد أى لا يحنث أصلا فلا يكون يمينا

(باب اليمين فى الدخول والسكنى والخروج والاتيان وغير ذلك)

الاصل ان الالفاظ المستعملة فى اليمين مبنية على العرف عندنا وعند الشافعى مبنية على الحقيقة وعند مالك على معانى كلام القرآن ان (حلف) ان (لا يدخل بيتا لا يحنث بدخول الكعبة والمسجد والبيعة) وهو معبد النصارى (والكنيسة) وهى معبد اليهود

أوخيمة لا يحنث ان كان الحالف من أهل المصروان كان من أهل البادية يحنث شيخنا (قوله والدهليز) بكسر الدال ما بين الباب والدار فارسى معرب نهر (قوله وهو مسقف) ظاهره انه لو لم يكن مسقفا لم يحنث وليس كذلك لان السقف وصف فالتقييد به اتفاقى والحاصل كما فى الشرنبلالية عن الكمال ان كل موضع اذا أغلق الباب صار داخلا لا يمكنه الخروج من الدار وله سعة يصلح للبيتوتة يحنث بدخوله انتهى وذكر قبل هذا ان ذكر السقف فى الدهليز لا حاجة اليه وعزاه الى الكمال ثم قال فكذا فى الصفة واعلم ان ماذكره فى الهداية من تصحيح الحنث بدخول الصفة دون الدهليز وجرى عليه صاحب الدرر متعقب ولهذا خالفه الكمال لان المعنى فيهما واحد (قوله وهو الساباط الذى يكون على باب الدار) مسقف له جذوع اطرافه على جدار الباب والاطراف الاخر على جدار الجار المقابل نهر (قوله ولا يكون فوقه بناء) عبارة القهستانى بلا بناء فوقه أو مع بناء مفتحه الى الطريق كما فى المحيط الخ ثم رأيت العلامة الوانى أقر ماذكره فى الدرر مع زيادة قوله ولو كان فوقه بناء لا يقال له ظلة (قوله وفى عرف أهل الكوفة يحنث فى الصفة) لان صفافهم كانت ذوات حوائط أربعة والظاهر من عرف ديار صاحب هذا المختصر انها لا تبنى على هيئة البيوت بل تبنى ذات حوائط ثلاثة فلا تكون بيتا فلهذا قال لا يحنث وقال فى النهاية الاصح عندى انه يحنث لان البيت اسم لشئ مسقف مدخله من جانب واحد وهو مبنى للبيتوتة فيه وهذا موجود فى الصفة الا ان مدخلها أوسع من مدخل البيوت المعروفة فكان اسم البيت متناولا لها فيحنث بسكناه الا ان يكون نوى البيوت دون الصفاف فيدين لانه خص العام بنيته زيلعى لكن لو أبدل سكناها بدخولها لكان أولى شيخنا (قوله لا يحنث بدخولها خربة) لان البناء وصف وهو فى الغائب معتبر بخلاف ما اذا كانت الدار مشارا اليها حموى والمراد بخرابها ان تصير ساحة فاما اذا زال بعض حيطانها فينبغى ان يحنث فى المنكر نهر الا اذا كان له نية بحر عن الفتح وظاهر اطلاقه عدم الحنث اذا نوى فى القضاء والديانة قيد باليمين لانه لو وكله بشراء دار منكرة فاشترى دارا خربة نفذ على الموكل لتعرفهما من وجه باعتبار بيان الثمن والمحلة والا لم تصح الوكالة لتفاحش الجهالة وهى فى اليمين منكرة من كل وجه فافترقا وأشار المصنف الى انه لو حلف لا يدخل هذا المسجد فهدم ثم دخله يحنث وهو مروى عن أبى يوسف وقول أبى يوسف هو مسجد وان لم يكن مبنيا ويبقى بعد خرابه مسجدا الى يوم القيامة هو المفتى به ولو حلف لا يدخل هذا المسجد فزيد فيه فدخل تلك الزيادة لا يحنث لان اليمين وقعت على بقعة معينة بخلاف الحالف على عدم دخول مسجد بنى فلان أو دار بنى فلان والمسئلة بحالها فانه يحنث لانه عاق يمينه على الاضافة وذلك موجود فى الزيادة بحر واحترز بقوله وقول أبى يوسف هو المفتى به عن قول محمد من ان المسجد اذا خرب واستغنى عنه فانه يعود الى ملك البانى أو ورثته كما فى الاسعاف (قوله وفى هذه الدار يحنث بدخولها خربة) اختلف فى تخريج هذه المسئلة فقيل اسم الدار لا يقع على العرصة قبل البناء وبعد ما بنيت تسمى دارا وحينئذ فالعرصة أصل فى اطلاق هذه الاسماء والبناء بمنزلة الوصف والوصف فى المعين غير معتبر حموى عن البرجندى (قوله وقال الفقيه أبو الليث ان كانت اليمين بالفارسية الخ) فالفرق بين المعرف والمنكر انما هو فى العربية حموى عن البرجندى واعلم ان التفرقة بين المعرف والمنكر بالنسبة للدار اما البيت فلا فرق فيه بحر (قوله لا يحنث) لانها لم تبق دارا لاعتراض اسم آخر عليه وكذا اذا غلب عليها الماء أو جعلت نهرا فدخله قيد بالاشارة مع التسمية لانه لو أشار ولم يسم كما لو حلف لا يدخل هذه فانه يحنث بدخولها على أى صفة كانت دارا أو مسجدا أو حماما أو بستانا لان اليمين عقدت على العين دون الاسم والعين باقية بحر عن الذخيرة (قوله كهذا البيت الخ) قيد بالاشارة ايماء الى انه لا يحنث فى المنكر بالاولى اما اذا انهدم فلزوال الاسم عنه حتى لو سقط السقف وبقيت حيطانه حنث بدخوله وجعل فى البدائع هذا فى المعين اما المنكر فلا حنث فيه لانه بمنزلة الصفة له وهى فى الحاضر لغو وفى الغائب معتبر انتهى وفيه نظر بل لا فرق بين المنكر والمعرف حيث صلح لان يبات فيه واما اذا بنى

قال (والدهليز والظلة والصفة) قال مشايخنا هذا اذا كان الدهليز بحال لو أغلق الباب يبقى خارج البيت فان كان بحيث لو أغلق الباب يبقى داخل البيت وهو مسقف يجب ان يحنث وكذا الظلة بالضم وهو الساباط الذى يكون على باب الدار ولا يكون فوقه بناء وفى عرف اهل الكوفة يحنث فى الصفة (وفى دارا بدخولها خربة) أى لو حلف ان لا يدخل دارا منكرا لا يحنث بدخولها حال كونها خربة (و) ان حلف أن لا يدخل (فى هذه الدار يحنث) بدخولها خربة (وان) بنيت دارا أخرى) مقامها كانت (بعد الانهدام) وقال الفقيه أبو الليث ان كانت اليمين بالفارسية لا يحنث فى المنكر والمشار اليه الا بدخول المبنية كذا فى شرح النظم (وان جعلت) الدار المعينة (بستانا أو مسجدا أو حماما أو بيتا أو نهرا) ثم دخله (لا) يحنث (كهذا البيت) أى كما لا يحنث ان حلف ان لا يدخل هذا البيت

بيتا

بيتا آخر ولو بنقض الاول فلان هذا المبنى غير البيت الذى منع نفسه من دخوله نهر وكذا اذا حلف لا يجلس الى هذه الاسطوانة أو الى هذه الحائط فهدم ثم بنى بنقضه لم يحنث لان الحائط اذا هدم زال الاسم عنه وكذا الاسطوانة فبطلت اليمين وكذا لو حلف ان لا يكتب بهذا القلم فكسره ثم براه فكتب به لا يحنث لان غير المبرى لا يسمى قلما بل انبوبا فاذا كسره زال الاسم فبطلت اليمين وكذا اذا حلف على مقص فكسره ثم أعاده لان الاسم قد زال بالكسر وكذا كل سكين أو سيف كسر ثم أعيد بخلاف ما لو نزع مسمار المقص ولم يكسر ثم أعيد فيه مسمار آخر فانه يحنث لان الاسم لم يزل بزوال المسمار وكذا ان نزع نصاب السكين وجعل عليه نصاب آخر يحنث لان السكين اسم للحديدة ولو حلف على قميص لا يلبسه أو قباء محشوا أو مبطنا أو جبة مبطنة أو محشوة أو قلنسوة أو خفين فنقض ذلك كله ثم أعيد يحنث لان الاسم باق بعد النقض بخلاف ما لو حلف لا يركب هذه السفينة فنقضت ثم أعيدت بذلك الخشب فركبها لا يحنث أو حلف لا يركب هذا السرج فنقضه ثم أعاده لا يحنث لزوال الاسم بعد النقض بحر (قوله فهدم ثم دخل) الفرق بين الدار والبيت حيث يحنث بدخول الدار منهدمة ولا يحنث بدخول البيت منهدما ان اسم الدار يطلق فى العرف على المنهدمة واسم البيت لا يطلق على المنهدم حموى عن البرجندى (قوله أو بنى دارا أخرى) صوابه بيتا آخر كما فى العينى (قوله والواقف على السطح داخل) لان السطح من الدار الا ترى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد فاذا حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها بأن توصل اليه من سطح آخر فانه يحنث وقيل فى عرفنا لا يحنث وما فى المختصر قول المتقدمين ومقابله قول المتأخرين ووفق بينهما فى الفتح بحمل ما فى المختصر على ما اذا كان للسطح حضير وحمل مقابله على ما اذا لم يكن له حضير أى ساتر بحر ومقتضاه انه لو حلف لا يخرج منها فصعد الى سطحها الذى لا حضير له ان يحنث والمسطور فى الغاية انه لا يحنث مطلقا لانه ليس بخارج ويؤيده ما فى المحيط لو ارتقى الى شجرة أغصانها خارج الدار بحيث لو سقط سقط فى الطريق لم يحنث نهر والسطح معروف وهو من كل شئ أعلاه حموى عن الصحاح قيد بالسطح لانه لو حلف لا يدخل دار فلان فحفر سردابا تحت دار فلان أو قناة فدخل السرداب أو القناة لم يحنث لانه لم يدخل ولو كان للقناة موضع مكشوف فى الدار فان كان كبيرا يستقى منه أهل الدار فاذا بلغ ذلك الموضع حنث لانه من الدار وان لم ينتفع به أهل الدار لم يحنث لانه ليس من مرافق الدار ولا يعد داخله داخل الدار ولو اتخذ فلان سردابا تحت داره وجعل لها بيوتا وجعل لها أبوابا الى الطريق فدخلها الحالف حنث لان السرداب تحت الدار من بيوتها كذا فى المحيط وأفاد باطلاقه انه لا فرق فى المحلوف عليه بين ان يكون دارا أو بيتا أو مسجدا فان كان فوق المسجد مسكن فدخله لا يحنث لانه ليس بمسجد كما فى البدائع وأشار بقوله داخل الى الاحتراز عما لو حلف لا يدخل من باب هذه الدار فدخلها من غير الباب لم يحنث لعدم الشرط وهو الدخول من الباب فان نقب للدار باب آخر فدخل يحنث لانه عقد يمينه على الدخول من باب منسوب للدار وقد وجد اذ الباب الحادث كذلك وان عنى به الاول يدين لان لفظه يحتمله ولا يدين فى القضاء لانه خلاف الظاهر وان عين الباب فقال لا أدخل من هذا الباب فدخل من باب آخر لا يحنث بحر (قوله والجدار) يعنى الخاص ولهذا قال فى البحر ولو كانت الحائط التى قام عليها مشتركة بينه وبين جاره لم يحنث كما فى الظهيرية والحاصل انه اذا حلف لا يدخل هذه الدار أو دار فلان فانه يحنث بالوقوف على سطحها أو حائطها أو شجرة فيها أو عتبتها حيث كانت داخل الباب أو دهليزها أو صحنها أو كنيفها أو ظلتها أو بستانها الذى فى وسطها ويحنث بدخولها على أى صفة كان الحالف راكبا أو ماشيا أو محمولا بأمره حافيا أو منتعلا بشرط ان يكون مختارا ولو دفعته الريح وأوقعته فى باب الدار فالصحيح انه لا يحنث ان كان لا يستطيع الامتناع وان كانت الدابة جموحا فانفلتت وأدخلته فى الدار وهو لا يستطيع امساكها لا يحنث وان أدخله انسان مكرها فخرج منها ثم دخل مختارا فالفتوى على انه يحنث بحر عن الظهيرية واعلم ان ماذكره من ان الفتوى على انه يحنث يحمل على القول بعدم انحلال اليمين فيما لو حلف لا يدخل

(فهدم) ثم دخل (أو بنى) دارا (أخرى) مقامها ثم دخل (والواقف على السطح) والجدار (داخل) حتى لو حلف ان لا يدخل هذا البيت فوقف على سطحه أو جداره حنث

فادخل مكرها أو القته الريح فيها أو ادخلته الدابة ولم يمكن له قدرة على الامتناع وهو الصحيح نهر عن الدراية لكن سيأتى عن السيد ابى شجاع انها تنحل وهو ارفق بالناس واعلم ان المراد بالاكراه على الدخول ما اذا حمله انسان وأدخله أما اذا هدده حتى دخل بنفسه فانه يحنث لوجود الفعل منه ولا فرق فى حنثه لو حلف لا يدخل دار فلان بين ان يسكنها بالملك أو بالاجارة أو بالعارية الا اذا استعارها ليتخذ فيها وليمة نهر وفى المحيط حلف لا يدخل دار فلان وله دار يسكنها ودار غلة فدخل دار الغلة لا يحنث وفى الخانية حلف لا يدخل دار ابنته او دار أمه وابنته أو امه تسكن فى بيت زوجها فدخل الحالف حنث ولو حلف على أولاد زوجته لا يدخلون بيته لا يحنث بدخول واحد لانه جمع ليس فيه الالف واللام فكان كحلفه لا يكلم رجالا أو نساء حيث لا يحنث بالواحد بخلاف ما لو حلف لا أكلم الفقراء او المساكين أو الرجال فانه يحنث بالواحد لانه اسم جنس فالجمع المعرف بالالف واللام كالمفرد وغير المعرف على حقيقته ولا تأثير للاضافة وعدمها بدليل ما فى الواقعات لو قال لا أكلم اخوة فلان وليس له الا واحد فان كان يعلم يحنث اذا كلم ذلك الواحد لانه ذكر الجمع وأراد الواحد وان لم يعلم لا يحنث لانه لم يرد الواحد فبقيت اليمين على الجمع فهو صريح فى ان الجمع المضاف كالمنكر لكن فى القنية ان أحسنت الى أقربائك فأنت طالق تطلق بالاحسان الى واحد ولا يراد الجمع فى عرفنا فيحتاج الى الفرق الا ان يدعى ان فى العرف فرقا بحر وسئل أبو نصر عمن قال لامرأته ان دخلت دار فلان مادام فلان فيها وقال ما كان فلان فيها فخرج فلان من الدار باهله ومتاعه ثم عاد اليها ثم دخل الحالف الدار قال لا يحنث قال هشام قلت له اذا عاد اليها أليس انه قد كان فيها قال لا يحنث لانه حيث خرج منها لم يكن فيها قلت له وكذلك قوله لا أكلم فلانا مادام على هذا الثوب أو مازال على هذا الثوب فلو نزعه ثم لبسه ثم كلمه قال محمد نعم لا يحنث وفى مجموع النوازل ما يخالف هذا قال ولو قال ان كلمتك ما كنت فى هذه الدار فامرأته كذا فخرج ثم عاد ثم كلمه حنث والفرق انه يكون كون بعد كون ولا يكون دعومة بعد دعومة شيخنا عن فصول العمادى (قوله والمختار ان لا يحنث ان كان الحالف من بلاد العجم) لانه لا يسمى داخلا عرفا در (قوله وفى طاق الباب) أى باب الدار والطاق ما عطف من الابنية حموى عن المفتاح (قوله لا يحنث) لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار والمراد بطاق الباب عتبته بحيث اذا أغلق الباب كانت خارجة عنه وهى المسماة باسكفة الباب بحر (قوله أو احدى رجليه) لان الانفصال التام لا يكون الا بالقدمين خلافا لما فى كثير من الكتب ان استوى الجانبان أو كان الجانب الخارج أسفل لم يحنث وان كان الجانب الداخل أسفل حنث وفى الظهيرية ولو ادخل رأسه واحدى قدميه حنث بحر (قوله ودوام الخ) والفارق ان كل ما يصح امتداده له دوام كالقعود والقيام والنظر ونحوه وما لا يمتد لا دوام له كالدخول والخروج وأشار المصنف الى انه لو قال كلما ركبت فأنت طالق وهو راكب ومكث ثلاث ساعات طلقت ثلاثا فى كل ساعة طلقة بخلاف ما اذا لم يكن راكبا فركب فانها تطلق واحدة ولا تطلق بالاستمرار وعلى هذا لو قال كلما ركبت هذه الدابة فلله على ان اتصدق بدرهم ثم ركبها ودام عليه فعليه درهم واحد ولو قال ذلك حالة الركوب لزمه فى كل ساعة يمكنه النزول درهم قلت فى عرفنا لا يحنث الا بابتداء الفعل فى الفصول كلها وان لم ينو وعن أبى يوسف ما يدل عليه ولو حلف لا يدخلها غدا وهو فيها فمكث حتى مضى الغد لم يحنث لانه لم يدخلها فيه ولو نوى بالدخول الاقامة فيه حنث بحر (قوله وقال زفر يحنث) لوجود اللبس والركوب والسكنى بعد اليمين وان قل وذلك كاف للحنث ولنا ان اليمين تعقد للبر ولا يمكن تحقيق البر الا باستثناء هذه المدة فلا تدخل للضرورة لان الشارع أمر بالبر ونهى عن الحنث بقوله تعالى واحفظوا ايمانكم وبقوله ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها فلو لم يستثن زمن البر لكان تكليفا بما ليس فى الوسع فان قيل اليمين كما تعقد للبر تعقد للحنث كما فى قوله لامسن السماء قلنا هناك ايضا عقدت للبر لتصور البر حقيقة وان لم يتصور عادة وانما يحنث بعد انعقاده للعجز عادة لا لانها عقدت للحنث زيلعى (قوله فمكث اياما لم يحنث حتى يخرج الخ)

والمختار ان لا يحنث ان كان الحالف من بلاد العجم وعليه الفتوى وان كان من بلاد العرب يحنث وهو جواب الاصل (و) ان وقف (فى طاق الباب) بحيث لو أغلق الباب يكون خارجا داخلا لا يحنث وأما اذا كان خارجا (لا) يحنث ولو أدخل رأسه او احدى رجليه لم يحنث (ودوام اللبس والركوب والسكنى كالانشاء لا دوام الدخول) حتى لو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه أو لا يركب هذه الدابة وهو راكبها أو لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فنزع أو نزل او انتقل فى الحال لا يحنث وقال زفر يحنث ولو حلف ان لا يدخل هذه الدار وهو فيها فمكث فيها أياما لم يحنث حتى يخرج ثم يدخل

ونظير المسئلة حلف لا يخرج وهو خارج لا يحنث حتى يدخل ثم يخرج وكذا لا يتزوج وهو متزوج او لا يتطهر وهو متطهر فاستدام الطهارة أو النكاح لا يحنث بحر (قوله وهو المراد بدوام الدخول) أى المكث فيها أياما حموى (قوله والا فالدخول لا دوام له) اذ الدوام على الفعل لا يتصور حقيقة لان الدوام هو البقاء والفعل المحدث عرض والعرض مستحيل البقاء فيستحيل دوامه فكان المراد بالدوام تجدد امثاله بحر (قوله ولو حلف ان لا يسكن الخ) لما كان بالاخذ فى النقلة يبر ذكر معناها (قوله او المحلة) هى المسماة فى عرفنا بالحارة والسكة كالمحلة بحر (قوله واهله) الواو بمعنى او لان الحنث يحصل ببقاء احدهما من غير توقف عليهما فلو قال نويت التحول ببدنى خاصة لم يصدق فى القضاء ويدين بحر عن البدائع (قوله وهو يريد ان لا يعود اليها) قيد بذلك ليعلم حنثه فيما اذا اراد العود أو لم يكن له نية بالاولى (قوله بخلاف المصر) او البلد حيث لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيما روى عن ابى يوسف لانه لا يعد ساكنا فى الذى انتقل عنه عرفا بخلاف الاول بحر لكن قال فى النهر و فى عصرنا يعد ساكنا بترك اهله ومتاعه فلو خرج وحده ينبغى ان يحنث (قوله او القرية) اشار به الى ما فى البحر عن الهداية من ان القرية بمنزلة المصر فى الصحيح من الجواب (قوله وان كان وتدا) بكسر التاء افصح من فتحها قهستانى لان السكنى تثبت بكل المتاع فتبقى ببقاء شئ منه وهذا مذهب الامام واختلف الترجيح فالفقيه أبو الليث رجح قول الامام ورجح فى الهداية قول محمد ومنهم من صرح بان الفتوى عليه كما فى الفتح وصرح كثير كصاحب المحيط والفوائد الظهيرة والكافى بان الفتوى على قول أبى يوسف فقد اختلف الترجيح والافتاء بمذهب الامام أولى لانه احوط وان كان غيره ارفق ويتفرع على كون السكنى تبقى ببقاء اليسير من المتاع عنده انه لو انتقل المودع وترك الوديعة لا غير فى المنزل المنتقل عنه لا يضمن وعندهما يضمن ذكره الرازى بحر ولا يخفى ما فيه من التفريط فى الحفظ (قوله وعند محمد الخ) فى الشرنبلالية عن البرهان هو اصح ما يفتى به من التصحيحين (قوله ومشايخنا قالوا الخ) هذا تقييد لاطلاق الحنث عند الامام ببقاء القليل من المتاع يعنى ما ذكر من انه يحنث ببقاء القليل عند الامام ليس على اطلاقه بل قيده المشايخ بما اذا كان ذلك الباقى مما يقصد به السكنى (قوله فأما الاهل الخ) والمراد بالاهل زوجته وأولاده الذين معه وكل من كان يأويهم لخدمته والقيام بامره بحر عن البدائع (قوله بلا تأخير) واعلم انه انما يحنث بتأخير ساعة ان أمكنه النقل فيها فأما اذا لم يقدر بأن دخل الليل وخاف من لص أو منع من ذى شوكة أو لم يجد ما ينقل اليه أو اغلق عليه الباب فلم يقدر على فتحه أو كان شريفا وضعيفا عن حمل المتاع بنفسه ولم يجد من ينقلها لم يحنث ويلحق ذلك الوقت بالعدم للضرورة وقولنا وخاف من لص اغناه وقيد فى الرجل اذ وجود الليل كاف فى حق المرأة حتى لو قال لها ليلا ان سكنت هذه الدار فأنت طالق عذرت حتى تصبح لانها فى معنى المكرهة بخلاف الرجل لانه لا يخاف هو المختار وينبغى فى ديارنا ان يكون وجود الليل عذرا فى حق الرجل أيضا اذا كان يخشى من مصادفة الوالى او اتباعه بخلاف ما اذا قال ان لم أخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد ومنع عن الخروج أو قال لامرأته ان لم تجيئ الليلة الى البيت فأنت طالق فمنعها والدها حيث تطلق فيهما والصحيح والفرق ان شرط الحنث فى هذه المسئلة هو الفعل وهو السكنى وهو مكره فيه وللاكراه تأثير فى اعدام الفعل والشرط فى تلك المسئلة عدم الفعل ولا اثر للاكراه فى ابطال العدم بحر (قوله واذا انتقل الى السكة الخ) ظاهر اطلاقه انه لا فرق بين كون الدار ملكا أو مستأجرة وسيأتى عن شرح السيد ما يخالفه حموى (قوله لا يبر) كذا فى الهداية ودليله فى الزيادات من خرج بعياله من مصره فلم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الاول فى حق الصلاة كذا هذا انتهى وفى الفتح واطلاق عدم الحنث أوجه وكون وطنه باقيا فى حق اتمام الصلاة مالم يستوطن غيره لا يستلزم تسميته ساكنا عرفا بذلك المكان انتهى وفى الظهيرية والصحيح انه يحنث مالم يتخذ مسكنا آخر بحر وفيه لو كان له فى الدار زوجة يراودها الخروج فأبت ولم يقدر على اخراجها فانه لا يحنث ببقائها (قوله وان كان فى طلب مسكن آخر فترك الامتعة الخ) وكذا لو بقى هو فيها أياما

وهو المراد بدوام الدخول والا فالدخول لا دوام له فكيف يستقيم قوله لا دوام الدخول وقال انت فى قوله ولو حلف ان (لا يسكن هذه الدار او البيت او المحلة فخرج) منها يحنث (وبقى متاعه واهله) فيها وهو يريد ان لا يعود اليها (حنث بخلاف) ما لو حلف ان لا يسكن فى هذه (المصر) او القرية فخرج بنفسه وترك اهله ومتاعه فانه لا يحنث قوله حنث أى حنث مطلقا سواء بقى من متاعه قليل أو كثير وان كان وتدا عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ان نقل الاكثر لا يحنث وان نقل الاقل يحنث وعليه الفتوى وعند محمد ان نقل الى المسكن الثانى ما يتأتى له السكنى به لم يحنث ومشايخنا قالوا هذا اذا كان الباقى مما يقصد به السكنى فاما ان بقى مكنسة أو وتد أو قطعة حصير لا يبقى ساكنا فلا يحنث وهذا الاختلاف فى نقل الامتعة فاما الاهل فلابد من نقل الكل بالاخلاف وينبغى ان ينتقل الى منزل آخر بلا تأخير حتى يبر واذا انتقل الى السكة او الى مسجد قالوا لا يبر وان كان فى طلب مسكن آخر فترك الامتعة فيها لا يحنث فى الصحيح اذا لم يفرط فى الطلب وهذا اذا كان الحالف ذا عيال فان كان فى عيال غيره أو كان ابنا كبيرا يسكن مع ابيه اوكانت امرأة لا يحنث بترك المتاع لان المعتبر هنا مسكنه فقط

يطلب منزلا آخر او خرج واشتغل بطلب دار أخرى لنقل الاهل والمتاع أو خرج لطلب دابة لينقل عليها المتاع فلم يجد أياما لم يحنث وكذا لو كانت أمتعته كثيرة فاشتغل بنقلها بنفسه وهو يمكنه ان يستكرى دابة فلم يستكر لم يحنث بحر (قوله وهذا اذا كان بالعربية) فتلخص من كلامه ان حنثه بترك متاعه وأهله مقيد بقيود ان تكون يمينه بالعربية وان يكون الحالف مستقلا بالسكنى وان لا يكون الترك لطلب منزل اذا لم يفرط فى الطلب شيخنا (قوله اذا سلم الدار الى صاحبها) استحسن هذا التفصيل فى البحر ومال فى الفتح الى اطلاق عدم الحنث يعنى سلم المفتاح أولا وعلله بأن العرف يعده غير ساكن (قوله ولو حلف لا يخرج من المسجد الخ) وفى البدائع الخروج من الدور والمسكونة ان يخرج الحالف بنفسه ومتاعه وعياله كما اذا حلف لا يسكن ومن البلدان والقرى ان يخرج ببدنه وخاصته وعلى هذا فمن صور المسئلة فى البيت يحمل كلامه على ان الحالف كان تبعا لغيره فى السكنى كما مر نهر والبلدان بالضم كذكران شيخنا (قوله لا يخرج فأخرج الخ) وهذا الحكم لا يختص بالحلف على الخروج لانه لو حلف لا يدخل فأدخل محمولا بأمره حنث وبرضاه لا بأمره أو مكرها لا بحر (قوله حنث) لان فعل المأمور يضاف اليه (قوله أو أخرج مكرها) بأن حمله انسان وأخرجه كارها لذلك أما اذا توعده فخرج بنفسه حنث لما عرف ان الاكراه بهذا المعنى لا يعدم الفعل عندنا وقدمنا ترجيح ان اليمين لا تنحل وقال السيد بن شجاع تنحل وهو أرفق بالناس واثر الخلاف يظهر فيما لو دخل بعد هذا الاخراج فعلى الراجح يحنث لا على مقابله نهر وفتح والصواب ان يقال ان اثر الخلاف يظهر فيما لو دخل بعد هذا الاخراج ثم خرج لان اليمين على الخروج فلا يحنث الا بالخروج ثانيا بعد ما دخل بحر واعلم ان صاحب البحر فى فتاويه أفتى بانحلالها أخذا بقول ابن شجاع بقى ان ما سبق من انه اذا توعده فخرج بنفسه حنث حكاه القهستانى بقيل ونصه خرج بقدميه للتهديد لم يحنث وقيل يحنث كما فى المحيط انتهى (قوله لا يحنث) أما عدم الحنث فيما لو أخرج مكرها فبالاتفاق وأما فيما اذا أخرج راضيا لا بأمره فعلى الصحيح كما سيذكره الشارح لان الفعل انما ينتقل بالامر ولم يوجد (قوله كلا يخرج الا الى جنازة) وأفاد فى المحيط انه يكفى فى قصد الخروج الى الجنازة الانفصال من باب الدار لانه بذلك يعد خارجا انتهى سواء مشى معها وصلى عليها أولا نهر (قوله أى كما لا يحنث لو حلف ان لا يخرج الخ) لان الموجود هو الخروج المستثنى والمضى بعد ذلك ليس بخروج لان الخروج عبارة عن الانفصال من داخل والاتيان الى حاجة أخرى عبارة عن الوصول فتغايرا فلا يحنث زيلعى (قوله قال بعض مشايخنا ان أخرج برضا قلبه لا بأمره يحنث الخ) هذا يتعلق بما لو حلف ان لا يخرج فأخرج محمولا برضاه لا بأمره ولو قدمه على قوله كلا يخرج الا الى جنازة لكان أولى (قوله لا يخرج أو لا يذهب الخ) لم أر من صرح بلفظ الرواح وهو كثير فى كلام المصريين وقد قال الازهرى الرواح الذهاب سواء كان أول الليل أو آخره أو فى الليل قال النووى وهذا هو الصواب انتهى فعلى هذا اذا حلف لا يروح الى كذا فهو بمعنى الخروج بحر وتعقبه فى الشرنبلالية بأن الدليل خاص بالذهاب ليلا والمدعى أعم فينبغى ان يبتنى على العرف الخ وفيه نظر اذ ليس فى الدليل ما يقتضى التخصيص بالليل (قوله ثم رجع) ظاهره انه يشترط لحنثه رجوعه وليس كذلك لانه يحنث بالخروج على قصدها سواء رجع أم لم يرجع الا ان يراد به العود عن ارادته اياها وهذا صادق بما اذا قصد غيرها نهر والظاهر ان يقال تقييده بالرجوع ليعلم حنثه عند عدم رجوعه بالاولى (قوله واعلم انه يشترط للحنث الخ) ولو كان بينه وبين المحلوف عليه دون مدة السفر شرنبلالية عن البحر وأقول الذى فى البحر عن الفتح لو لم يكن بينه وبينها مدة السفر ينبغى ان يحنث بمجرد انفصاله من الداخل انتهى والظاهر ان قوله فى الشرنبلالية ولو كان بينه وبين المحلوف عليه الخ ليس واصلا بما قبله بل سقط جواب الشرط وهو قوله لا يشترط لحنثه مجاوزة العمران دل على ذلك عزوه للبحر ومن هنا يعلم ما وقع لبعضهم فى هذا المقام (قوله على نية الخروج الى مكة) كأنه ضمن لفظ أخرج أسافر للعلم بأن المضى اليها سفر والفرق بين الخروج الى مكة حيث لا يحنث الا بمجاوزة العمران بخلاف

الخروج

وهذا اذا كان بالعربية فاما اذا قال بالفارسية من بدين خانه اندر نيايم

(معانى الكلمات الفارسية) من بدين خانه اندر نيايم انا فى هذه الدار فيها ما اكون أما لا أكون فى هذه الدار أى لا أسكنها

خرج بنفسه بعزم ان لا يعود لا يحنث وان خرج بعزم ان يعود حنث قال الفقيه أبو الليث فى الدار المستأجرة اذا سلم الدار الى صاحبها بر فى يمينه وان كان هو والمتاع فى السكة أو المسجد كذا فى شرح السيد ولو حلف (لا يخرج) من المسجد (فأخرج) الحالف حال كونه (محمولا) ملتبسا (بأمره حنث و) لو حلف ان لا يخرج فأخرج محمولا (برضاه لا بأمره أو أخرج مكرها لا) يحنث (كلا يخرج) أى كما لا يحنث لو حلف ان لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج) منها (اليها ثم) ان الخارج (أتى حاجة) أخرى وقال بعض مشايخنا ان أخرج برضا قلبه لا بأمره يحنث والصحيح الاول ولو حلف (لا يخرج أو لا يذهب الى مكة فخرج) من بيته حال كونه (يريدها ثم رجع) من غير وصول اليها (حنث) واعلم انه يشترط للحنث ان يجاوز عمران مصره على نية الخروج الى مكة حتى لو رجع قبل ان يجاوز عمران مصره لا يحنث وان كان على هذه النية

الخروج الى الجنازة حيث لا يشترط فيه ذلك ان الخروج الى مكة سفر ولا سفر قبل مجاوزة العمران (قوله والذهاب كالخروج فى الصحيح) وهذا اذا لم يكن له نية وأما اذا نوى أحدهما فهو على ما نوى لانه نوى ما يحتمله لفظه زيلعى (قوله وقيل لا يحنث ما لم يدخلها) لقوله تعالى اذهبا الى فرعون والمراد الاتيان وجه الاول انه بمنزلة الخروج يقال ذهب الى مكة بمعنى خرج اذا زال عن مكانه فلا يقتضى الوصول ولهذا صح ان يقال ذهب الى مكة قبل الوصول اليها كما يقال خرج الى مكة بخلاف الاتيان زيلعى ثم فى الخروج والذهاب تشترط النية عند الانفصال للحنث وفى الاتيان لا يشترط بل اذا وصل اليها يحنث نوى أو لم ينو لان الخروج متنوع يحتمل الخروج اليها والى غيرها وكذا الذهاب فلا بد من النية عند ذلك كالخروج الى الجنازة بخلاف الاتيان لان الوصول غير متنوع وفى البحر عن الذخيرة حلف ان لا تاتى امرأته عرس فلان فذهبت قبل العرس وكانت ثمة حتى مضى العرس لا يحنث لانها ما أتت العرس بل العرس أتاها انتهى (قوله حلف ليأتينه) هو على ان يأتى منزله أو حانوته لقيه أو لم يلقه وان أتى مسجده لم يحنث بحر (قوله فلم يأته حتى مات حنث) واصل هذا ان الحالف فى اليمين المطلقة لا يحنث ما دام الحالف والمحلوف عليه قائمين لتصور البر فاذا مات أحدهما فانه يحنث كذا فى الغاية وبهذا ظهر ان الضمير فى قوله حتى مات يعود الى أحدهما أيهما كان لا انه خاص بالحالف كما هو المتبادر من العبارة وقيد باليمين المطلقة لانها لو كانت مقيدة كقوله ان لم أدخل هذه الدار اليوم فعبدى حر فان الحنث معلق بآخر الوقت حتى اذا مات الحالف قبل خروج الوقت ولم يدخل لا يحنث وأما اذا مضى الوقت قبل دخوله وهو حى عتق العبد بحر وقيد بقوله حتى مات لانه لو ارتد ولحق بدار الحرب لا يحنث وان كان ذلك موتا حكما لبطلان يمينه بالله تعالى بمجرد الردة كما مر نهر (قوله أى صحة أسباب الاتيان) أى تهيئه لارادة الفعل على وجه الاختيار فخرج الممنوع وينبغى انه اذا نسى اليمين لا يحنث لان النسيان مانع وكذا الوجن فلم يأته حتى مضى الغد بحر (قوله وسلامة الآلات) أى الجوارح فالمريض ليس بمستطيع نهر (قوله وارتفاع الموانع) كذا ذكره الزيلعى وتعقبه فى النهر بان ذكره بعد قوله سلامة الاسباب والآلات حشو (قوله لا قضاء) وقيل يصدق قضاء أيضا لانه نوى حقيقته اذ اسم الاستطاعة يطلق بالاشتراك عليهما اورد بانه وان كان مشتركا الا انه تعورف استعماله عند الاطلاق عن القرينة للمعنى الاول فصار ظاهرا فيه فلا يصدقه القاضى فى خلافه شرنبلالية عن الفتح وفى الزيلعى واذا نوى استطاعة الفعل لا يتصور حنثه أبدا لانها لا تسبق الفعل انتهى (قوله شرط الاذن لكل خروج) لان معناه لا تخرجى الا خروجا ملصقا باذنى فالمستثنى منه نكرة فى سياق النفى فافاد العموم فاذا خرج منها بعض بقى ما عداه على حكم النفى فلو قال عنيت الاذن مرة يصدق ديانة وقضاء عند أبى حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن أبى يوسف وعنه انه لا يصدق فى القضاء وعليه الفتوى حموى عن البرجندى ويشترط ان لا يكون الخروج لوقوع غرق أو حرق غالب فان كان لم يحنث ثم اذا حنث بخروجها مرة بغير اذن لا يحنث بخروجها مرة أخرى لعدم ما يوجب التكرار وانحلت اليمين بالاول كما فى الظهيرية وطريق اسقاط هذا الاذن ان يقول كلما اردت الخروج فقد اذنت لك ولو نهاها عنه بعد ذلك لم يعمل نهيه عند أبى يوسف خلافا لمحمد وبه أخذ ابو الفضل واجمعوا أنه لو اذن لها فى خرجة ثم نهاها عن تلك الخرجة فان نهيه يعمل ولو أذن لها ثم قال كلما نهيتك فقد اذنت لك فنهاها لم يعمل نهيه وان لا تقوم قرينة على عدمه حتى لو قال لها فى غضب اخرجى ينوى التهديد لم يكن اذنا وفى المحيط حلفه ثلاثة ان لا يخرج من بخارى الا باذنهم فجن أحدهم لا يخرج وان مات أحد الثلاثة فخرج لم يحنث لانه ذهب الاذن الذى وقعت عليه اليمين ولو قال الا باذن فلان فمات المحلوف عليه بطلت اليمين عندهما خلافا لابى يوسف ويشترط فى اذنه لها ان تسمعه فلو غير مسموع لم يكن اذنا قيل هذا قولهما وعند ابى يوسف وزفر يكون اذنا والصحيح انه على قولهما أيضا لا يكون الا بالسماع والفهم فلو اذن لها بالعربية ولا عهد لها بها فخرجت حنث نهر بخلاف لا تخرج الا بعلمه فخرجت وهو يراها فمنعها لم يحنث ولو أذن لها

والذهاب كالخروج فى الصحيح وقيل لا يحنث فيه ما لم يدخلها (وفى لا يأتيها) أى فيما اذا حلف ان لا يأتى مكة (لا) يحنث ما لم يدخلها ولو حلف (ليأتينه) أى فلانا (فلم يأته حتى مات حنث فى آخر) جزء من أجزاء (حياته) حلف (ليأتينه غدا (ان استطاع فهى استطاعة الصحة) أى صحة اسباب الاتيان وسلامة الآلات وارتفاع الموانع حتى لو لم يمنع عنه مانع من مرض أو سلطان أو عارض آخر فلم يأته حنث (وان نوى) بها (القدرة) الحقيقية التى يحدثها الله سبحانه للعبد حالة الفعل مقارنة له عند اهل السنة (دين) أى صدق ديانة فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى لا قضاء حلف (لا تخرج) امرأته (الا باذنى شرط) الاذن (لكل خروج)

بالخروج فخرجت بغير علمه لا يحنث وان لم يأذن لها فخرجت وهو يراها لا يحنث أيضا بحر عن الظهيرية وتقييده بالمنع فى قوله بخلاف لا تخرج الا بعلمه فخرجت وهو يراها فلم يمنعها الخ ليعلم عدم الحنث عند عدم المنع منه بالاولى (قوله حتى لو أذن لها مرة فخرجت الخ) ولو لكنس الباب نهر (قوله فخرجت مرة اخرى بلا اذن حنث) بشرط بقاء النكاح حتى لو ابانها ثم تزوجها فخرجت بلا اذن لم تطلق وان كان زوال الملك لا يبطل اليمين لانها لم تنعقد الا على مدة بقاء النكاح نهر عن الفتح قال الزيلعى وهذا صحيح اذا كانت الزوجية قائمة وقت اليمين اما اذا قال ذلك لاجنبى أو لاجنبية بان قال ان خرجت الا باذنى فعبدى حر أو امرأتى طالق فينبغى ان يصح ولا يتقيد بشئ انتهى قال فى النهر وفيه تأمل (قوله بخلاف الا أن وحتى) لان كلمة حتى للغاية فتنتهى اليمين بها وكلمة أن محمولة عليها والرضا والامر كالاذن زيلعى وهذه المسئلة تستدعى الفرق بين المصدر الصريح والمنسبك حموى (قوله ثم خرجت بعده بلا اذن لم يحنث) ولو نوى التعدد بقوله الا أن آذن لك صدق قضاء لانه محتمل كلامه وفيه تشديد على نفسه لان كلمة ان وما دخلت عليه بتأويل المصدر فتكون الباء فيه مقدرة فيصير كانه قال الا باذن آذن لك بخلاف العكس وهو ما اذا نوى الاذن مرة بقوله الا باذنى حيث لا يصدق قضاء لانه نوى التخفيف على نفسه زيلعى (قوله تقيد الحلف به) لان القرينة الحالية دلت على أن المراد ردها عن تلك الخرجة أو الضربة عرفا حموى عن البرجندى ومنه مالو طلب جماعها فابت فقال ان لم تدخلى معى البيت فانت كذا فدخلت بعد سكون شهوته حنث (قوله لا ريث فيها) بالثاء المثلثة فى المصباح راث ريثا من باب ضرب أبطأ واسترثته استبطأته انتهى فعلى هذا عطف ولا لبث عطف تفسير (قوله أى من ساعته) سئل السغدى بماذا يقدر الفور قال بساعة واستدل بما ذكر فى الجامع الصغير ارادت أن تخرج فقال الزوج ان خرجت فعادت وجلست وخرجت بعد ذلك بساعة لا يحنث حموى عن البرجندى وفى البحر طول المشاجرة لا يقطع الفورية وكذا الاشتغال بصلاة المكتوبة والوضوء لها ولا يشترط لعدم حنثه اذا خرجت بعد ساعة تغير تلك الهيئة الحاصلة مع ارادة الخروج أشار اليه فى فتح القدير حيث قال امرأة تهيأت للخروج فحلف لا تخرج فاذا جلست ساعة ثم خرجت لا يحنث لان قصده منعها عن الخروج الذى تهيأت له فكانه قال ان خرجت الساعة وهذا اذا لم يكن له نية فاذا نوى شيئا عمل به شرنبلالية (قوله وتفرد ابو حنيفة الخ) وكان العلماء قبل ابى حنيفة يقولون اليمين اما مؤبدة كلا يفعل أو موقتة كلا يفعل كذا اليوم فخرج ابو حنيفة قسما ثالثا وهو الموقتة معنى المطلقة لفظا وانما أخذه من حديث جابر وابنه حين دعيا الى نصرة رجل فحلفا ان لا ينصراه ثم نصراه بعد ذلك ولم يحنثا حموى عن البرجندى (قوله ولم يسبقه احد اليها) لا فى تسميتها ولا فى حكمها ولم يخالفه أحد فالناس كلهم عيال ابى حنيفة بحر (قوله فذهب الى منزله فتغدى لم يحنث) هذا اذا اقتصر على الجواب بقوله ان تغديت فعبدى حر اما لو قال ان تغديت اليوم أو معك فعبدى حر فتغدى فى بيته أو معه فى وقت آخر يحنث لانه زاد على الجواب فيكون مبتدئا ولا يقال ان موسى عليه السلام زاد فى الجواب حين سئل عن العصا ولم يكن مبتدئا لانا نقول لما سئل بما وهى تقع على ذات ما لا يعقل والصفات فاشتبه عليه الامر فاجاب بهما حتى يكون مجيبا عن أيهما كان زيلعى ثم اعلم ان التقييد تارة يثبت صريحا وتارة يثبت دلالة والدلالة نوعان دلالة لفظية ودلالة حالية فدلالة اللفظ كما اذا حلف لا يدخل على فلان تقيد بحياة المحلوف عليه والدلالة الحالية كالذى ذكره المصنف وفى المحيط أصله ان الحالف متى اعقب الفعل فعلا بحرف العطف وهو الفاء أو الواو فان كان الفعل الثانى فى العادة يفعل على فور الاول ولم يفعل حنث وان لم يكن يفعل لا يحنث ما لم يمت وان ذكر الفعل الثانى بحرف الشرط او التراخى وهو ثم فهو على الابد لان المشروط لا يتحقق الا بعد وجود شرطه بحر (قوله ومركب عبده الخ) ليس المراد كل ما يركب بل خصوص ما يركب فى العرف من الفرس ونحوه حتى لو ركب فيلا أو بعيرا أو آدميا لا يحنث الا بالنية ولو حلف لا يركب فرسا لا يحنث بالبرذون وكذا عكسه بخلاف الخيل فانه ينتظم

حتى لو اذن لها مرة فخرجت مرة أخرى
بلا اذن حنث (بخلاف) مالو حلف
لا تخرجى (الا ان) آذن لك (وحتى)
ان آذن لك فاذن لها مرة فخرجت
ثم خرجت بعده بلا اذن لم يحنث (ولو
أرادت) المرأة (الخروج فقال) الزوج
(ان خرجت) فانت طالق (أو) ارادت
ضرب العبد فقال ان ضربت) فعبدى
حر (تقيد) الحلف (به) أى بذلك
الخروج أو الضرب حتى لو مكثت
ساعة ثم خرجت اوضربت لا يحنث
وهذه يمين الفور مأخوذة من فارت
القدر اذا غلت فاستعير للسرعة ثم
سميت به الحالة التى لا ريث فيها ولا لبث
ويقال جاء فلان من فوره اى من
ساعته وتفرد ابو حنيفة باظهارها ولم
يسبقه احد اليها (كاجلس) اى كما
تقيد الحلف بالغداء المعين فيما اذا قال
لرجل اجلس (فتغد عندى فقال ان
تغديت) فعبدى حر فذهب الى منزله
فتغدى لم يحنث وقال الشافعى وزفر
يحنث (ومركب عبده كمركبه فى الحنث
ان نوى و) الحال انه (لا دين به)
اصلا او يكون دين ولكن لم يستغرق

الكل وهذا اذا كانت اليمين بالعربية فلو كانت بالفارسية يحنث بكل حال ولو حلف لا يركب دابة فحمل على الدابة مكرها لا يحنث ولو حلف لا يركب مركبا فركب سفينة أو محملا او دابة حنث ولو آدميا ينبغى ان لا يحنث بحر قال فى الفتح وينبغى ان الحالف لو كان من البدوان تنعقد على الجمل أيضا بلا نية لان ركوبه معتاد لهم وكذا اذا كان حضريا جمالا انهر قلت وكذا لو كان مسافر الحج وان لم يكن بدويا ولا جمالا (قوله حتى لو حلف ان لا يركب دابة فلان الخ) ههنا صور اربع الاولى أن يكون عليه دين مستغرق لرقبته وكسبه فلا يحنث لان هذا المركب ليس له الثانية ان لا يكون عليه دين مستغرق ولكن نوى بمركب فلان مركبه الخاص به فلا يحنث الثالثة ان لا يكون عليه دين ولم ينو مركب العبد فلا يحنث لان الملك وان كان لفلان لكن يضاف الى العبد عرفا فاختلت الاضافة الى المولى فبدون النية لا يتناوله اللفظ الرابعة اذا لم يكن على العبد دين مستغرق ونوى مركب العبد فانه يحنث بركوبه حموى عن البرجندى (قوله فركب دابة عبد مأذون له) تقييده بالمأذون له لا للاحتراز عن المكاتب بل لانه المختلف فيه اما المكاتب فلا خلاف فى عدم الحنث بركوب دابته كما يستفاد ذلك مما سيأتى فى كلام الشارح (قوله لم يحنث نوى أو لم ينو) لانه اذا كان عليه دين مستغرق لا يملك المولى ما فى يد عبده حتى لا يعتق بعتقه فلا يدخل تحت اليمين نوى أو لم ينو وفيما اذا لم يكن عليه دين مستغرق يملك ما فى يده لكنه يضاف الى العبد عرفا وشرعا فتختل الاضافة الى المولى فلابد من النية زيلعى واعلم ان المراد من قوله لا يعتق بعتقه عبد عبده واما نفس العبد المأذون المديون فانه يعتق بعتق مولاه ويضمن قيمته للغرماء وسيجئ فى بابه شيخنا (قوله بخلاف عدم دين وعدم دين مستغرق) لو اقتصر على الثانى لاغناه عن الاول اذ عدم الدين المستغرق صادق بهما معا بان لا يكون عليه دين أصلا او كان ولم يكن مستغرقا (قوله هذا عند ابى حنيفة) قال فى البرهان على هذا الخلاف دخول عبيد مأذونه فى حكم حررت عبيدى شرنبلالية وقال فى البحر نظير هذا الاختلاف مالو قال كل مملوك لى حر فعند ابى يوسف لا يدخل عبيد عبده التاجر الا بالنية سواء كان على العبد دين أو لا وعند محمد عتقوا نواهم أو لا كان عليه دين أم لا وعند ابى حنيفة ان لم يكن عليه دين عتقوا اذا نواهم والا فلا وان كان على العبد دين لم يعتقوا وان نواهم انتهى واعلم ان المراد بالدين هو المستغرق (قوله وعند أبى يوسف الخ) لان استغراق كسبه بالدين لا يمنع ثبوت الملك للمولى الا أنه تشترط النية لاختلال الاضافة فلو لم ينوه لا يحنث حموى عن البرجندى (قوله وعند محمد الخ) اذ العبد وما فى يده ملك لسيده والدين لا يمنع من ثبوت الملك للمولى فى كسبه حموى عن البرجندى

(باب اليمين فى الاكل والشرب واللبس والكلام)

ذكر الاكل والشرب بعد الخروج لانه انما يراد منه غالبا تحصيل ما به بقاء البنية من المأكول والمشروب ولا خفاء فى احتياجه الى اللبس والكلام فلا جرم ان ذكرهما بعده ثم الاكل ايصال ما يتأتى فيه المضغ الى الجوف وان ابتلعه بلا مضغ كالخبز ونحوه فلو حلف لا يأكل بيضة فابتلعها حنث ولو حلف لا يأكل عنبا فابتلع ماءه فقط لم يحنث لان هذا ليس بأكل ولا شرب ولو عصره وأكل قشره حنث كذا فى البدائع والذوق ايصال الشئ الى فيه لاستبانة طعمه وقيل الاكل عمل الشفاه والحلق والذوق عمل الشفاه دون الحلق والابتلاع عمل الحلق فقط والمص عمل اللهاة واعلم ان كل اكل ذوق ولا عكس فبينهما من النسب العموم المطلق وهذا ظاهر على الثانى اما على الاول فبينهما عموم وخصوص من وجه لان عمل الفم ليس معتبرا فى مفهومه فيجتمعان فى ايصال ما يهشم وينفرد الذوق فيما لم يوصل والاكل فيما ابتلع بلا مضغ حموى وفيه نظر يعلم بمراجعة النهر ومقتضى عدم الحنث بابتلاع ماء العنب فى حلفه لا يأكله عدم الحنث ايضا فى حلفه لا يأكل سكرا فمصه وابتلع ماءه وبه صرح فى البحر معللا بعدم وجود الاكل لانه مما لا يحتمل

حتى لو حلف ان لا يركب دابة فلان
فركب دابة عبده مأذون له وعليه
دين مستغرق لم يحنث نوى أو لم ينو
بخلاف عدم دين وعدم دين مستغرق
فانه مالم ينو لم يحنث هذا عند أبى
حنيفة وعند أبى يوسف يحنث ان
نوى سواء كان عليه دين أولا وعند
محمد يحنث بكل حال وان لم ينو وانما
قال مركب عبده لانه ان ركب مركب
مكاتبه لا يحنث عندهم وانما قال
فى الحنث لانه فى بيان الايمان

*(باب اليمين فى الاكل والشرب
واللبس والكلام)*

لو حلف (لا يأكل من هذه النخلة)

المضغ وعزاه للامام محمد وعزاه فى النهر الى الخانية وتهذيب القلانسى لكن قال وفى عرفنا يحنث وفى الخلاصة لوعنى بالذوق الاكل لم يدين فى القضاء الا اذا تقدم مايدل عليه كتغدمعى فحلف ان لايذوق معه طعاما ولاشرابا فهذا على الاكل والشرب انتهى وفى الدر لو تمضمض للصلاة لايحنث الخ يعنى اذا كانت يمينه على عدم ذوق الماء فتمضمض للصلاة (قوله أوالكرم) لوقال مثلا لكان اخصر واشمل حموى (قوله حنث بثمرها) لانه أضاف اليمين الى مالايؤكل فتنصرف الى مايخرج منه لانه سبب له فجازت الاستعارة زيلعى والثمر بالمثلثة مايخرج منها حيث لم يتغير بصنعة فلا يحنث بالنبيذ والخل والناطف والدبس المطبوخ وقيد بمالا تؤكل عينه لانه لوحلف على ماتؤكل عينه كهذه الشاة أوهذا العنب انصرفت اليمين الى اللحم والعنب دون اللبن والزبد والعصيرفان قلت ورق الكرم ممايؤكل عرفا فينبغى ان تنصرف اليمين الى عينه قلت أهل العرف انما يأكلونه مطبوخا نهر (قوله او بأكل طلعه أو جمارها) وهو بالضم والتشديد شحم النخل صحاح (قوله اودبس) قيده الحموى بغير المطبوخ فلا ينافى ماسبق من عدم الحنث به اذا كان مطبوخا وهو أى الدبس بكسر الدال عصارة العنب صحاح (قوله وانما قيد به لانه لايحنث باكل عين النخلة) هو الصحيح قال الولوالجى ولو نواها لان الحقيقة مهجورة بدلالة محل الكلام وفى المحيط لو نوى اكل عينها لم يحنث باكل مايخرج منها لانه نوى حقيقة كلامه ومقتضى الاوّل انه يحنث نهر قال فى البحر بعد ان نقل عن المحيط مانقله عنه فى النهر وينبغى ان لايصدق قضاء لان المجاز صار متعينا ظاهرا فاذا نوى خلاف الظاهر لايقبل وان كان حقيقة وله شواهد كثيرة وأشار بقوله بثمرها الى أنه لوقطع غصنا منها فوصله بشجرة أخرى فاكل من ثمر هذا الغصن لايحنث وقال بعضهم يحنث (فروع) قال ان اكلت هذا الرغيف اليوم فامرأته طالق ثلاثا وان لم آكله اليوم فامته حرة فاكل النصف لم يحنث لانعدام شرط الحنث فى اليمين وهو اكل الكل أوترك الكل * اخذ لقمة فوضعها فى فيه فقال له رجل امرأتى طالق ان اكلتها وقال آخر امرأتى طالق ان اخرجتها من فيك فاكل البعض واخرج البعض لم يحنث واحد منهما لان شرط الحنث اكل الكل أواخراج الكل * هذا الرغيف على حرام فاكل بعضه حنث بخلاف لا آكل هذا الرغيف اذا كان كله ممايؤكل فى مجلس واحد والفتوى على ذلك والاصل انه اذا حلف لاياكل معينا فاكل بعضه فان كان ممايؤكل أويشرب كله عادة فالحلف على كله والافعلى بعضه فلوحلف لاياكل هذا الطعام فان كان يقدر على اكله كله لايحنث حتى يأكله كله وان لم يقدر حنث باكل بعضه بخلاف مالو كان مكان الاكل بيع فانه لايحنث ببيع بعضه والفرق ان الاكل لايتأتى على جميعه فى مجلس واحد بخلاف البيع بحر (قوله ولوعين البسر الخ) الاصل فى جنس هذه المسائل ان اليمين اذا عقدت على شئ بوصف فان صلح داعيا الى اليمين تقيد به سواء كان معرفا أومنكرا وان لم يصلح داعيا فان كان منكرا تقيد أيضا حموى والبسر بضم السين كما فى الصحاح (قوله لايحنث برطبه الخ) فيه لف ونشر مرتب وانما كان كذلك لان صفة الرطوبة والبسورة داعية الى اليمين اذ ربما يضره الرطب دون البسر وبالعكس حموى (قوله ولايحنث باكل تمره) بالمثناة وهو مايبس منه نهر قيد باليمين لانه لواوصى بهذا الرطب فصار تمرا ثم مات لم تبطل الوصية لان فوات بعض الموصى به لايبطلها وفى اليمين تناول بعض المحلوف عليه فلا يحنث بخلاف ما اذا أوصى بعنب ثم صار زبيبا ثم مات الموصى بطلت الوصية والفرق ان الرطب والتمر صنف واحد لقلة التفاوت بينهما بخلاف العنب والزبيب فانه تبديل وهلاك بحر عن الغاية (قوله ولايحنث باكل شيرازه) بكسر الشين المعجمة لبن يغلى فيثخن جدا ويصير فيه حموضة قاله باكير لان ماذكر صفة داعية الى اليمين فتتقيد يمينه به وقال العينى الشيراز هو اللبن الرائب اذا استخرج ماؤه الخ (قوله واما اذا لم يكن لها ثمر) أى النخلة وعلى هذا لايصح التمثيل بشجر الصفصاف حموى (قوله فيحنث بثمنها) اطلقه ولم يقيده بما اذا اشترى به مأكولا ومافى الفتح من تقييده بذلك وزاد فى البحر قيد الاكل أيضا متعقب ولهذا قال فى الشرنبلالية وقد يقال يراد بالاكل

الانفاق

أوالكرم (حنث بثمرها) أى حنث باكل ثمرها مطلقا سواء كان بسرا أو رطبا أوتمرا أوباكل طلعها أوجمارها أودبس يخرج من ثمرها اوعنبه أو عصيره وانما قيد به لانه لايحنث باكل عين النخلة (ولوعين البسر اوالرطب اواللبن لايحنث برطبه) فيما اذا حلف لاياكل من هذا البسر (و) لايحنث باكل (تمره) فيما اذا حلف لاياكل من هذا الرطب (و) لايحنث باكل (شيرازه) فيما اذا حلف لاياكل من هذا اللبن وكذا لايحنث اذا اكل ثمنها فى هذه الصور واما اذا لم يكن لها ثمر فيحنث بثمنها

الانفاق فى اى شئ فيحنث به اذا نوى فلينظر انتهى بقى ان يقال مقتضى تقييده فى الشرنبلالية بقوله اذا نوى انه اذا لم ينو لم يحنث وهو خلاف مايظهر من كلام الشارح (قوله بخلاف مالوحلف ان لايكلم هذا الصبى) هذا اذا لم ينو الحقيقة قيد اليمين فلو نواها تقيدت بها لانه نوى حقيقة كلامه والظاهر لايخالفه شرنبلالية عن البرهان والكلام ليس بقيد فى مسئلة الصبى لانه لوحلف لايجامع هذه الصبية فجامعها بعد كبرها حنث بحر عن البدائع قيد بالاشارة اليه لانه لوحلف لايكلم صبيا تقيد بزمان صباه فلو كلمه بعدما بلغ لم يحنث لانه بعد البلوغ يدعى شابا وفتى الى ثلاثين اوالى ثلاثة وثلاثين فاذا جاوزها فكهل الى خمسين وبعدها فهو شيخ والارملة التى بلغت ومات زوجها دخل بها أولا والايم التى لازوج لها وقد جومعت بنكاح صحيح أوفاسد اوفجور والثيب كل امرأة جومعت بحلال أوحرام لها زوج أولا والبكر التى لم تجامع بنكاح ولاغيره وان ذهبت العذرة بحيض أو بغيره نهر عن منية المفتى وأقول فى قوله والبكر التى لم تجامع بنكاح ولاغيره نظر لتصريحهم كما سبق بان التى زالت بكارتها بزنا خفى بكر ويمكن ان يجاب بان جعلها بكرا انما هو بالنسبة للاكتفاء منها بالسكوت فى الاستئذان رعاية لجهة الستر الذى ندب اليه الشارع لانها بكر حقيقة اذ لو الزمت النطق لكان فيه اشاعة الفاحشة (قوله وهذا الشاب) فيه ان صفة الشباب ربما تدعو الى اليمين ظاهرا اذ هو زمان اللهو والفسق والشباب شرعا من خمسة عشر سنة اى من حد البلوغ الى ثلاثين مالم يغلب عليه الشيب والشيخ مازاد على الخمسين حموى عن البرجندى ومثله فى البحر عن الذخيرة وكذا فى النهر عن منية المفتى كما سبق وكذا فى الدر أيضا فما فى الشرنبلالية عن البحر معزيا للذخيرة من أنه بعد الثلاثين أوالثلاثة والثلاثين كهل الى الاربعين فهو شيخ الى خمسين انتهى مخالف لما فى البحر عن الذخيرة والصواب حذف قوله الى الاربعين وتأخير قوله فهو شيخ عن قوله الى خمسين ومن هنا تعلم ماوقع لبعضهم فى هذا المقام (قوله الحمل) بفتحتين ولد الشاة فى السنة الاولى (قوله وكلمه بعدما شاخ) أى كلم الصبى أوالشاب ولواتى بضمير التثنية بان قال وكلمهما بعدما شاخا كما فى الزيلعى لكان أولى اذ هو المناسب لعطف الشاب على الصبى بالواو كما هو الواقع فى المتن الذى شرح عليه الشارح والزيلعى واما على ماوقع فى المتن الذى شرح عليه فى النهر من العطف باو فافراد الضمير صحيح ووجه الحنث كما ذكره الزيلعى ان صفة الصبى والشاب وان كانت داعية الى اليمين لكن هجرانه لاجل صباه منهى عنه شرعا لانا أمرنا بتحمل اخلاق الفتيان ومرحمة الصبيان فكان مهجورا شرعا والمهجور شرعا كالمهجور عادة فلم يعتبر الداعى ولهذا قال فى النهر واعلم انه قد يتراءى انه لوحلف لايكلم هذا المجنون فكلمه بعد ماافاق يحنث لانه محل الرحمة والشفقة أيضا كالصبى لكن المنقول فى المجتبى انه لايحنث وكأنه لان هذه الصفة داعية مخافة أن يبطش به انتهى وكذا لايحنث اذا حلف لايكلم هذا الكافر فكلمه بعدما أسلم لانها صفة داعية وفى لايكلم رجلا فكلم صبيا حنث وقيل لا كلا يكلم صبيا فكلم بالغا درعن المجتبى (قوله أوأكله بعدما صار كبشا) لانه ليس فى الحمل صفة داعية الى اليمين زيلعى لكن نظر فيه فى الفتح بان الحمل ليس محمود الكثرة رطوباته بخلاف الكبش فان لحمه أكثر قوة وتقوية للبدن لقلة رطوباته فصار كالحلف على ان لايأكل من هذا الرطب فأكله تمرا يحنث قال فى الشرنبلالية واعلم ان ايراد مثل هذا وما قبله فى مسئلة لايكلم هذا الصبى ذهول عن وضع هذه المسائل ونسيان انها بنيت على العرف فيصرف اللفظ الى المعتاد فى العرف وان المتكلم لوأراد معنى تصح ارادته من اللفظ لايمنع منه الامر بتحمل اخلاق الفتيان ومداراة الصبيان فلا ينبغى كون حالف من الناس عرف عدم طيب الحمل وسوء أدب صبى لايردعه الاترك الكلام معه أوعلم ان الكلام معه يضره فى عرضه أودينه فتصرف يمينه حيث صرفها فلا يحنث بالكلام معه بعد فوات تلك الصفة التى أرادها انتهى (قوله لايأكل بسرا فأكل رطبا لم يحنث) لانه لم يأكل المحلوف عليه زيلعى وتقييده بغير المعين لا للاحتراز عن المعين بل لئلا يتكرر مع ماسبق من قوله ولوعين البسر الخ قال فى البحر قيد به أى بالبسر لانه لوحلف لايأكل جوزا فأكل منه رطبا

(بخلاف) مالوحلف ان لايكلم (هذا الصبى وهذا الشاب و) لايأكل (هذا الحمل) وكلمه بعدما شاخ أوأكله بعد ماصار كبشا فانه يحنث حلف (لايأكل بسرا فأكل رطبا لم يحنث وفى لايأكل رطبا أوبسرا) أى فيما اذا حلف لايأكل رطبا أوحلف لايأكل بسرا (أو) حلف (لايأكل رطبا ولا بسرا حنث بالمذنب)

أو يابسا حنث وكذلك اللوز والفستق والتين لان الاسم يتناول الرطب واليابس جميعا الخ (قوله أى بأكل المذنب مطلقا) سواء كان رطبا مذنبا أو بسرا مذنبا عندهما فالصور أربعة اثنتان على الوفاق واثنتان مختلف فيهما (قوله وقال أبو يوسف الخ) محصله ان الحنث بالرطب المذنب فى حلفه لا يأكل رطبا متفق عليه وكذا الحنث بالبسر المذنب فى حلفه لا يأكل بسرا متفق عليه أيضا بخلاف ما لو أكل بسرا مذنبا وقد حلف لا يأكل رطبا فان الحنث مختلف فيه فعندهما يحنث خلافا لابى يوسف وكذا يقال فى عكسه بأن أكل رطبا مذنبا وقد حلف لا يأكل بسرا (قوله فأكل رطبا مذنبا حنث) أى عند أبى يوسف وكذا عندهما وهذه احدى الوفاقيتين (قوله وان أكل بسرا مذنبا لا يحنث) اى عنده خلافا لهما وهذه احدى الخلافيتين (قوله وان حلف لا يأكل بسرا فأكل بسرا مذنبا حنث) أى عند أبى يوسف وكذا عندهما أيضا وهذه هى الوفاقية الثانية (قوله وان أكل رطبا مذنبا فعلى الخلاف) أى لا يحنث عنده خلافا لهما وهذه هى الخلافية الثانية (قوله وذكر فى الهداية الخ) أى فى عامة نسخها نهر (قوله كشروح الجامع الصغير) والكبير زيلعى (قوله تشهد لما ذكرت) من ان محمدا مع الامام الاعظم وهو الموافق لما وقع فى بعض نسخ الهداية حتى قال فى النهاية الله أعلم بصحة الاول الا انه فى الغاية جعل سلفه فى ذلك الصدر الشهيد وجائز ان يكون عنه روايتان نهر قلت ما جوزه فى الغاية من تعدد الرواية عنه صرح به فى البرهان على ما نقل عنه فى الشرنبلالية ونصه وروى عن محمد الحنث وعدمه كما فى البرهان انتهى (قوله فالحاصل انه اعتبر) أى ان أبا يوسف اعتبر الغالب الخ وهذا من الشارح ظاهر فى ترجيح قول أبى يوسف وبه صرح فى النهر عن الفتح حيث ذكر ان قول أبى يوسف أقعد بالمعنى انتهى ولابى حنيفة ان أكله أى المذنب أكل بسر ورطب فيحنث به وان كان قليلا لان ذلك القدر كاف للحنث ولهذا لو ميزه فأكله يحنث بخلاف شراء البسر لان الشراء يصادفه جملة فيعتبر الغالب فيكون المغلوب تبعا والاكل ينقضى شيئا فشيئا فيصادفه وحده نظيره اذا حلف لا يشترى شعيرا فاشترى حنطة فيها حبات شعير لا يحنث لما ذكرنا ولو حلف لا يأكل شعيرا فأكل حنطة فيها حبات شعير يحنث لما ذكرنا زيلعى فقياس أبى يوسف الاكل على الشراء قياس مع الفارق والحاصل ان كلام الزيلعى ظاهر فى ترجيح مذهب الامام ومحمد على خلاف ما قدمناه عن الشارح والفتح فقد اختلف الترجيح (قوله بشراء كباسة) بكسر الكاف وهى العرجون وتسمى العنقود وبالفارسية خوشه عينى واعلم ان الشراء يعدو بقصر شيخنا (قوله فيها رطب قليل) لان القليل تابع للكثير عينى ويفهم منه انه لو كان الرطب فى الكباسة أكثر من البسر يحنث وحينئذ يقال لها كباسة رطب حموى (قوله قيد به أى بالشراء الخ) مقتضى التفرقة بين الشراء والاكل انه لا يحنث بشراء شاة مذبوحة فى حلفه لا يشترى الية مع ان المصرح به فى الخانية انه يحنث وكذا لو حلف لا يشترى رأسا شرنبلالية عن البحر (قوله ولا يحنث بسمك الخ) أى اذا لم يكن له نية فأما اذا نواه حنث طريا أو غير طرى شرنبلالية عن الفتح (قوله فى حلفه لا يأكل لحما) وكذا لا يحنث بمرق اللحم الا اذا نواه (قوله وقال مالك والشافعى يحنث قياسا) و فى المجمع وهو قول أبى يوسف أيضا عينى وذكر فى الشرنبلالية انه روى شاذا عن أبى يوسف انتهى وجه القول بالحنث وهو القياس انه سمى لحما فى القرآن قال تعالى ومن كل تأكلون لحما طريا والمراد لحم السمك بالاجماع ولنا ان التسمية مجازية لان اللحم منشؤه الدم ولا دم فيه اذ هو من سواكن الماء ولهذا حل أكله من غير ذكاة فصار كالجراد فكان قاصرا فى اللحمية ومطلق الاسم يتناول الكامل دون القاصر فخرج عن المطلق بدلالة اللفظ ومبنى الايمان على العرف لا على ألفاظ القرآن زيلعى ودرر وهو منقوض بالالية لانها تنعقد من الدم ولا يحنث بأكلها فيمنع ان اسم اللحم باعتبار الانعقاد من الدم بل باعتبار الالتحام فالتمسك انما هو بالعرف شرنبلالية عن الفتح (قوله والكبد) مؤنثة وقال الفراء يذكر ويؤنث وفى الصحاح كبد وكبد بوزن كذب وكذب ويقال كبد بوزن فلس انتهى (قوله وقال الزاهد العتابى انه لا يحنث بأكل لحم الخنزير) والانسان

كذا

أى بأكل المذنب مطلقا سواء كان رطبا مذنبا او بسرا مذنبا عندهما وقال أبو يوسف ان حلف لا يأكل رطبا فأكل رطبا مذنبا حنث وان أكل بسرا مذنبا لا يحنث وان حلف لا يأكل بسرا فأكل بسرا مذنبا حنث وان أكل رطبا مذنبا فعلى الخلاف وذكر فى الهداية قول محمد مع قول أبى يوسف والنسخ المعتبرة كشروح الجامع الصغير والمبسوط والمنظومة والاسرار والايضاح وغيرها تشهد لما ذكرت والبسر المذنب بكسر النون الذى أكثره بسر وشئ منه رطب والرطب المذنب الذى أكثره رطب وشئ منه بسر فالحاصل انه اعتبر الغالب اذ المغلوب فى مقابلته كالمعدوم عرفا فان الذى عامته رطب يسمى رطبا عرفا وشرعا لا بسرا اذ العبرة للغالب فى الاحكام الشرعية (ولا يحنث بشراء كباسة) أى عنقود (بسر فيها رطب) قليل (فى) حلفه (لا يشترى رطبا) قيد به أى بالشراء لانه اذا كان اليمين على الاكل يحنث كذا فى الهداية والنهاية (و) لا يحنث (بسمك فى) حلفه (لا يأكل لحما) استحسانا وقال مالك والشافعى يحنث قياسا (ولحم الخنزير والانسان والكبد والكرش) والطحال (لحم) حتى لو حلف لا يأكل لحما وأكل منها يحنث وقال الزاهد العتابى انه لا يحنث بأكل لحم الخنزير والانسان

كذا فى الزيلعى وفى النهر عن العتابى ما نصه قيل الحالف اذا كان مسلما ينبغى ان لا يحنث لان أكله ليس بمتعارف ومبنى الايمان على العرف وهو الصحيح وفى الكافى وعليه الفتوى الخ وما ذكره الزيلعى من ان العرف العملى لا يصلح مقيدا بخلاف العرف اللفظى الا ترى انه لو حلف لا يركب دابة لا يحنث بالركوب على الانسان للعرف اللفظى فان اللفظ عرفا لا يتناول الا الكراع وان كان فى اللغة يتناوله ولو حلف لا يركب حيوانا يحنث بالركوب على الانسان لان اللفظ يتناول جميع الحيوان والعرف العملى وهو انه لا يركب عادة لا يصلح مقيدا غير صحيح نهر عن الفتح لقولهم فى الاصول تترك الحقيقة بدلالة العادة وليست العادة الا عرفا عمليا وما فى البحر من انه فى الفتح لم يجب عن الفرق بين الدابة والحيوان وهى واردة قال فى النهر انه غير وارد لان العادة حيث كانت مخصصة انصرفت يمينه الى ما يركب عادة فلا يحنث بركوب الآدمى فى لا يركب حيوانا انتهى واختلف فى أكل النىء من اللحم والاظهر كما فى النهر انه لا يحنث وفى الذخيرة لا يأكل شاة لا يحنث بأكل لحم العنز مصريا كان أو قرويا قال الشهيد وعليه الفتوى ولو حلف لا يأكل لحم بقرة فأكل لحم الجاموس يحنث لا فى عكسه لانه نوع لا يتناول الاعم وفى الخانية ينبغى ان لا يحنث فى الفصلين لان الناس يفرقون بينهما الخ (قوله وكذا شرب الخمر الخ) ليس هذا من كلام العتابى على ما يعلم من كلامهم كالزيلعى والبحر والنهر وانما هو من كلام الشارح قياسا على عدم الحنث بأكل لحم الخنزير والانسان بجامع ان العرف لا يطلق على كل اسم اللحم والشراب (قوله أو طحالا) بكسر الطاء وكذا القلب والرئة (قوله وفى عرفنا لا يحنث) هو الصحيح شرنبلالية عن البرهان وفى الخانية الرأس والاكارع لحم فى يمين الاكل لا فى يمين الشراء وفى لا يأكل من هذا الحمار يقع على كرائه ومن هذا الكلب لا يقع على صيده در وفى البحر حلف لا يأكل لحما حنث بأكل لحم الابل والغنم والبقر والطيور مطبوخا كان أو مشويا أو قديدا كما فى الاصل الخ (قوله وفيها لغتان الخ) ذكر شيخنا ان فيه أربع لغات الثالثة فتح الكاف وسكون الراء وهذه اللغات الثلاثة تأتى فى كل ما كان على وزن فعل ككبد وكتف والرابعة اتباع فائه لعينه ان كان أوسطه حرف حلق اسما كان كفخذ أو فعلا كشهد (قوله لكل مجتر) جرة البعير نجسة لا تؤكل (قوله أى بأكل شحم الظهر) وهو اللحم السمين نهر وفى جامع قاضيخان اختلف المشايخ فى محل الخلاف فقيل هو اللحم السمين على الظهر وقيل هو الشحم المتصل بالظهر من داخل فان كان الخلاف فى اللحم السمين فكلام أبى حنيفة أظهر وان كان الخلاف فى الشحم المتصل بالظهر فكلامهما أظهر انتهى نوح أفندى (قوله فلو كانت يمينه على الشراء لم يحنث به اتفاقا) لان الشراء لا يتم بالحالف وانما يكون مشتريا للشحم اذا اشتراه ممن يسمى شحاما واما الاكل ففعل يتم بالآكل وحده ولهما انه شحم حقيقة وفيه خاصيته الا ترى انه يذاب كشحم البطن ولابى حنيفة انه لحم حقيقة الا ترى انه ينشأ من الدم ويستعمل استعمال اللحوم زيلعى وفيه ما سبق من ان الالية تنعقد من الدم أيضا فالتمسك للامام انما هو بالعرف فلو اقتصر فى التعليل على قوله ويستعمل استعمال اللحوم لكان أولى (قوله والثلاثة على الاختلاف) قال فى النهر ولا يخلو عن تطويل لا ينبغى خلاف فى عدم الحنث بما فى العظم اذ لم يقل أحد بأنه شحم كما قال السرخسى وكذا لا ينبغى خلاف فى الحنث بما على الامعاء لانه لا يختلف فى تسميته شحما كذا فى الفتح والحاصل انه لا خلاف فى الحنث فى شحم البطن وما على الامعاء كما لا خلاف فى عدمه بما فى العظم ولهذا وضع المسئلة فى شحم الظهر لانه محل الخلاف انتهى وأشار المصنف الى ان المأمور بشراء اللحم اذا اشترى شحم الظهر لا يجوز على الآمر وهو مروى عن محمد وهو دليل للامام أيضا بحر عن المحيط (قوله ولا يحنث بالية) لانها نوع ثالث حتى لا تستعمل استعمال اللحوم ولا الشحوم فلا يتناولها اللفظ معنى ولا عرفا زيلعى والالية بالفتح الية الشاة ولا تقل لية بالكسر ولا لية وتثنيتها اليان بغير تاء كما فى الصحاح (قوله فى هذا البر) قيد بكون الحنطة معينة لانه لو حلف لا يأكل حنطة ينبغى ان يكون جواب الامام كجوابهما ذكره شيخ الاسلام ولا يخفى انه تحكم والدليل المذكور المتفق على ايراده فى جميع الكتب يعم

وكذا شرب الخمر فيما اذا حلف لا يشرب شرابا لا يحنث وعليه الفتوى وقال صاحب المحيط فيما اذا أكل كبدا أو كرشا أو طحالا لا يحنث فى عرف أهل الكوفة وفى عرفنا لا يحنث لانها لا تعد لحما والكرش لكل مجتر بمنزلة المعدة للانسان وتؤنثها العرب وفيها لغتان كرش وكرش مثل كبد وكبد كذا فى الصحاح (و) لا يحنث (بشحم) أى بأكل شحم (الظهر فى) حلفه لا يأكل (شحما) عند أبى حنيفة وهو الصحيح ويحنث عندهما وذكر الطحاوى قول محمد مع قول أبى حنيفة ولو كانت يمينه على الشراء لم يحنث به اتفاقا وقيل هو على الخلاف أيضا وقيل هذا بالعربية اما لو قال بالفارسية ٢ پيه فلا يقع على شحم الظهر بحال واعلم ان الشحوم أربعة شحم الظهر وشحم مختلط بالعظم وشحم على ظاهر الامعاء وشحم البطن واتفقوا على انه يحنث فى شحم البطن والثلاثة على الاختلاف (و) لا يحنث (بالية فى) حلفه لا يأكل أو لا يشترى (لحما وشحما وبالخبز) والسويق (فى هذا البر) عند أبى حنيفة

٢ پيه بثلاث نقط وزان قبه بسكون الهاء بمعنى الشحم انتهى محمد عارف

المعينة والمنكرة وهوان عينهاما كولة شرنبلالية عن الكمال والبر جمع برة ومنع سيبويه ان يجمع البر على ابرار وجوزه المبرد قياسا اذ يقال طهر واطهار وقرء واقراء وقفل واقفال (قوله الاان يقضمها) بكسر الضاد غيرنيئة نهر ولو قضمها نيئة لم يحنث فان الناس يغلونها ويأكلونها وهى التى تسمى فى عرف بلادنا بليلة وتقلى أى تجعل جافة فى القدر ثم تؤكل قضما وليس المراد حقيقة القضم بخصوصها وهى الاكل باطراف الاسنان بل ان يؤكل عينها باطراف الاسنان أو بسطوحها شيخنا عن الفتح والمستثنى منه مطوى فى الكلام تقديره ولايحنث بأكل الخبز والسويق فى حلفه لايأكل من هذا البر وقصر أبو حنيفة الحنث على أكل عينها لانه متعارف والحقيقة المستعملة عنده أولى من المجاز المتعارف وعندهما بالعكس وفى النهر عن الذخيرة الصحيح قول الامام (قوله ولايحنث بسويقه) وجه الفرق بين الخبز والسويق عند أبى يوسف ان الحنطة اذا ذكرت مقرونة بالاكل يراد بها الخبز دون السويق ومحمد اعتبر عموم المجاز وأطلقه المصنف فشمل ما اذا نوى عينها أولم يكن له نية كما فى البدائع ولايخفى انه اذا نوى أكل الخبز فانه يصدق لانه شدد على نفسه بحر (قوله وان قضمه يحنث عندهم) هو الصحيح لعموم المجاز كذا فى الهداية وصحح فى الذخيرة انه عندهما لايحنث بأكل عينها بحر وقضم من باب علم شرنبلالية ومن باب ضرب لغة وفى النهر عن الكشف المسئلة على ثلاثة أوجه أحدها ان يقول هذه من غير ان يقول حنطة فيحنث بأكلها سواء أكلها كذلك أو طحنها فأكل المطحون أو خبزها فأكل الخبز الثانية ان يقول حنطة فيحنث بأكل الحنطة سواء أكلها نيئا أو مطبوخا أو مبلولا أو مقليا ولايحنث بأكل الدقيق والسويق والعجين والخبز الثالثة ان يقول هذه الحنطة وأشار الى صبرة فلايحنث بأكله من دقيقها أو سويقها أو خبزها لقيد الاسم ولو زرعه لم يحنث بالخارج منه (قوله حنث بخبزه) كعصيدة وحلواء در (قوله لابسفه) الا اذا كان طحانا حموى عن مجمع الروايات وفى النوازل ان اتخذ منه خبيصا أخاف ان يحنث وينبغى ان لايتردد فى حنثه اذا أكل ما يسمى فى ديارنا بالكسكس نهر (قوله وهوان يوضع على الكف الخ) نقل السيد الحموى عن المغرب ان السف أكل كل شئ يابس انتهى (قوله كما هو فى الصحيح) الظاهر ان يقال وهذا هو الصحيح (قوله وقيل يحنث) لانه أكل الدقيق حقيقة والعرف لايسقط به الحقيقة والصحيح هو الاول لان عين الدقيق لايؤكل فانصرف اليمين الى ما يتخذ منه زيلعى (قوله لم يحنث بأكل الخبز) لانه نوى حقيقة كلامه زيلعى (قوله والخبز ما اعتاده أهل بلده) حتى لو حلف المصرى أو الشامى انه لايأكل خبزا انصرف الى البر قال فى الفتح وينبغى ان يحنث بأكل الكماج لانه خبز وزيادة وفى الخانية يحنث بالرقاق انتهى وهو المسمى فى ديارنا بالبيسانى لاما يحشى بالسكر واللوز كما هو ظاهر وأقول الظاهر انه لايحنث بأكله لانه لايسمى خبزا والايمان مبنية على العرف حموى وقوله لايحنث بأكله أى الرقاق واما الشعير فانما يعتاده بعض أهل القرى فيحنث به فلو أن بدويا اعتاده ودخل الى بلدة المتعارف فيها أكل خبز الحنطة واستمر لايأكل الا الشعير فحلف لايأكل خبزا لايحنث الا بأكل الشعير نهر عن الكمال وكذا لايحنث بالقطائف الا اذا نواه وكذا لايحنث بالثريد ولا بالعصيد والططماج ولايحنث لودقه فشربه أو أكله بعد ما تفتت لانه لايسمى خبزا ولو أكله مبلولا حنث ولو حلف لايأكل خبز فلانة فالخابزة هى التى هى تضرب الخبز فى التنور دون التى تعجنه وتهيؤه للضرب فان أكل من خبز التى ضربته حنث والا فلا بحر وفى الدر عن البدائع لايأكل طعاما فاضطر لميتة فأكل لم يحنث انتهى (قوله طبرستان) بفتح الباء وكسر الراء سميت بذلك لان أهلها كانوا يحاربون بالفاس أى الطبر معرب تبر والنسبة اليها طبرى (قوله ولانية له) قيد به لانه لو نوى ما يشوى عمل به كالبيض والفول الاخضر الذى يسمى فى عرفنا شوى العرب شرنبلالية عن الفتح (قوله وعلى ما يطبخ من اللحم) هذا فى عرفهم وكذا ما نقله السيد الحموى عن البرجندى من ان الطبيخ ما طبخ بلحم أو شحم لا ما طبخ بسمن أو زيت بحسب عرفهم أيضا واما فى عرفنا فاسم الطبيخ يقع على كل مطبوخ بالماء ولو بودك أو زيت أو سمن در عن مصنف التنوير ولاشك ان قوله فاسم الطبيخ يقع

الاان يقضمها وعند أبى يوسف يحنث اذا أكل خبزها ولايحنث بسويقه وان وعند محمد يحنث بخبزه وسويقه قضمه يحنث عندهم والقضم الاكل باطراف الاسنان ومنه قضم حنطة فأكلها أى مضغها وكسرها كذا فى المغرب (وفى هذا الدقيق) أى فيما اذا حلف لايأكل من هذا الدقيق (حنث بخبزه لابسفه) أى لايحنث بأكل الدقيق مسفوفا وهوان يوضع على الكف ويبتلع من غير مضغ كما هو فى الصحيح وقيل يحنث وان عنى أكل الدقيق بعينه لم يحنث بأكل الخبز (والخبز ما اعتاده بلده) وذا خبز البر والشعير فى ديارنا فلايحنث بخبز القطائف الاان ينويه وكذا خبز الارز لانه غير معتاد فى ديارنا ويحنث به فى طبرستان (والشواء والطبيخ على اللحم) أى لو حلف لايأكل الشواء أو الطبيخ ولانية له يقع على اللحم المشوى دون الباذنجان والجزر المشوى ونحوهما وعلى ما يطبخ من اللحم والقياس فى الطبيخ ان يحنث فى اللحم وغيره مما هو مطبوخ وانما يحنث

على

على كل مطبوخ بالماء الخ شامل للسمك المطبوخ لكن ذكر فى البحر انه لايحنث به وفى المغرب الودك من الشحم أو اللحم وقول الفقهاء ودك الميتة من ذلك وحاصله انه الدهن كما فى البحر وفيه عن البدائع حلف لايأكل من طبيخ امرأته فسخنت له قدرا طبخها غيرها لايحنث لان الطبخ وجد من الاولى لامنها وفى التجريد قيل اسم الطبيخ يقع بوضع القدر وفى عرفنا اليس واضع القدر طابخا قطعا ومجرد الايقاد كذلك ومثله يسمى صبى الطباخ والطباخ هو الموكل بوضع التوابل وان لم يوقد كذا فى الفتح الخ وقال فى الدر عن النهر الطعام يعم ما يؤكل على وجه التطعم كخبز وفاكهة لكن فى عرفنا لا انتهى (قوله اذا أكل اللحم المطبوخ بالماء) وان أكل الخبز بالمرقة يحنث لانه يسمى طبيخا وفيها أجزاء اللحم أيضا عينى قال يعقوب باشا ينبغى ان يحنث بالطبيخ بلا لحم فى هذا الزمان لاطلاقهم عليه طبيخا عرفا لكن قدمنا انه لايحنث بالمرق يعنى الاان يكون فيه اجزاء اللحم واليه يومئ قوله ان الطبيخ يقع على اللحم نهر ولايخفى ان ماذكره يعقوب باشا موافق لما قدمناه عن الدر (قوله انه اختلاف عصر وزمان الخ) فعلى المفتى ان يفتى بما هو المعتاد فى كل عصر نهر (قوله التفاح) بضم التاء وتشديد الفاء حموى عن المفتاح (قوله والبطيخ) بكسر الباء أخضر كان أو أصفر وذكر السرخسى ان البطيخ ليس من الفاكهة ومافى الكتاب رواية القدورى ورواه الشهيد فى المنتقى عن أبى يوسف نهر (قوله والمشمش) بكسر الميمين حموى عن المفتاح وفى الصحاح انه بفتح الميم وكسرها (قوله والاجاص) دخيل لان الجيم والصاد لايجتمعان فى كلمة واحدة من كلام العرب الواحدة اجاصة كما فى الصحاح والاجاص هو البرقوق (قوله لاالعنب والرمان الخ) فيكون العطف فى الآية للمغايرة (قوله والرطب) وقال محمد البسر الاحمر فاكهة بحر (قوله والقثاء) بكسر القاف وضمها وبالمد حموى وفى المحيط ماروى ان الجوز واللوز من الفاكهة هو فى عرفهم اما فى عرفنا فلا ولو حلف لايأكل من فاكهة العام فان كان فى أيام الرطب لايحنث باليابس منها وان كان فى غير وقتها فهو على اليابس استحسانا للعرف بحر (قوله والقثد الخيار) بفتح الثاء المثلثة وكذا العقوس والعجور والفقوس كتنور كما فى القاموس (قوله فقال أبو يوسف ومحمد) الظاهر العطف بالواو حموى (قوله يحنث فى العنب الخ) فيكون العطف فى الآية عند الصاحبين من عطف الخاص على العام وهذا الخلاف اذا لم يكن له نية اما اذا نوى فعلى ما نوى بالاجماع زيلعى (قوله الا البطيخ) ذكر شمس الائمة السرخسى ان البطيخ ليس من الفاكهة لان مالايكون يابسه فاكهة فرطبه لايكون فاكهة زيلعى وقال فى الذخيرة هذا لايستقيم لان الرطب من الرمان والعنب فاكهة واليابس منهما ليس بفاكهة وقيل كل ما يكون نضيجه فاكهة فنيؤه يكون فاكهة حموى عن البرجندى (قوله وقال فى المحيط العبرة للعرف فيما يؤكل الخ) صوابه فيما يؤكل حموى (قوله والادام) بكسر الهمزة وجمعه ادم كاهاب واهب حموى ونقل شيخنا عن المصباح ان الادام ما يؤتدم به مائعا كان أو جامدا وجمعه ادم مثل كتاب وكتب ويسكن للتخفيف فيعامل معاملة المفرد الخ (قوله ما يصطبغ به) بضم الياء على البناء للمفعول ويعدى بالباء حموى عن المفتاح ونقل شيخنا عن المصباح ما نصه والصبغ ما يصطبغ به من الادام ومنه قوله تعالى وصبغ للآكلين والجمع صباغ قال الراجز

ترجمن دنياك بالبلاغ * وباكر المعدة بالدباغ

بكسرة لينة المضاغ * بالملح أوما خف من صباغ

(قوله والملح) لانه لايؤكل وحده عادة بل تبعا للخبز لان الادام ما يؤكل تبعا للخبز وحقيقة التبعية بالاختلاط وعدم الاكل وحده ولانه يذوب فى الفم فيحصل الاختلاط زيلعى ومنه تعلم ما فى كلام العينى من الخلل حيث قال والملح وان كان لايؤكل وحده عادة ولكنه يذوب فى الفم فيحصل الاختلاط بالخبز انتهى ووجه الخلل ان قوله والملح وان كان لايؤكل وحده عادة يقتضى ان الادام ما يؤكل وحده وليس كذلك الاترى الى قول الزيلعى والمرق ونحوه من المائعات لايؤكل وحده بل يشرب بخلاف اللحم وأختيه فانها تؤكل وحدها فلم تكن ادما الخ فالصواب حذف قوله وان كان والاقتصار على قوله

اذا أكل اللحم المطبوخ بالماء فاما القلية اليابسة فلاتسمى مطبوخا (والرأس ما) يكبس فى التنانير وما (يباع فى مصره) مشويا فلايدخل راس الجراد والعصفور ونحوهما تحته ويدخل رأس الغنم وعليه الفتوى وكان أبو حنيفة يقول أولا يدخل فيه رأس الابل والبقر والغنم لما رأى من عادة أهل الكوفة ثم لما تركوا هذه العادة فى الابل قال يحنث برأس البقر والغنم خاصة وهما رحمهما الله تعالى لما شاهدا عادة أهل بغداد فى رأس الغنم خاصة قالا لايحنث الا برأس الغنم فعلم انه اختلاف عصر وزمان لااختلاف حجة وبرهان (والفاكهة التفاح والبطيخ والمشمش) والخوخ والاجاص والتين لانها اسم لما يؤكل على سبيل التفكه أى التنعم بعد الطعام وقبله وهذا المعنى ثابت فيها (لاالعنب والرمان والرطب والقثاء) وهو ٣ خيار بادرنك (والخيار) وهو المعروف وفى المغرب تفسير القثاء بالخيار تسامح والقثد الخيار وفى الصحاح القثاء الخيار والقثد نبت يشبه الخيار وقال أبو يوسف ومحمد يحنث فى العنب والرطب والرمان أيضا فيكون فاكهة عندهما وكذا اليابس من هذه الاشياء يسمى فاكهة الا البطيخ وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فالناس فى زمن أبى حنيفة لايتفكهون بها وفى زمانهما يتفكهون فافتى كل بحسب ما شاهد فى زمانه وقال فى المحيط العبرة للعرف فيما يؤكل على سبيل التفكه عادة ويعد فاكهة فى العرف يدخل تحت اليمين ومالا فلا وهذا فيما اذا لم يكن له نية واما اذا نوى فعلى مانوى بالاجماع (والادام ما يصطبغ به كالخل والملح والزيت) أى لو حلف لايأتدم

٣ خيار بادرنك من نوع الخيار طويل ومعوج ويفسرونه بالعجور أيضا انظر ص ٩٣ من تبيان عاصم انتهى محمد عارف

والملح لا يؤكل وحده وكذا الاوجه للاتيان بالاستدراك فالاولى حذفه كما لا يخفى (قوله ولا نية له) فالخلاف فيما اذا لم ينو وان نوى فعلى مانوى اجماعا عينى (قوله لا اللحم) فان قلت ورد فى الحديث سيد ادام أهل الجنة اللحم قلت هو فى الجنة وكلامنا فى الدنيا وانه لا يلزم من كونه سيد الادام ان يكون من الادام كما يقال الخليفة سيد العرب والعجم وان لم يكن هو من العجم عينى (قوله والجبن) قال فى مختصر الصحاح الجبن الذى يؤكل والجبن أيضا صفة الجبان والجبن بضمتين لغة فيهما و بعضهم يقول جبن وجبنه بالضم والتشديد قال الشيخ شاهين فى اقتصار الشيخ العينى على التشديد قصور ونقل الحموى عن شرح ابن الحلبى ان فيه ثلاث لغات رواها ابو عبيد سماعا عن العرب أجودها سكون الباء والثانية ضمها للاتباع والثالثة وهى أقلها التثقيل ومنهم من جعل التثقيل من ضرورة الشعر انتهى (قوله وعند محمد الخ) وبقول محمد أخذ الفقيه أبو الليث قال فى الاختيار وهو المختار عملا بالعرف وفى المحيط وهو الاظهر وقال القلانسى فى تهذيبه وعليه الفتوى نهر (قوله من طلوع الفجر) جزم فى الخلاصة وغيرها بأن أول وقته من طلوع الشمس وأهل مصر يسمون ذلك فطورا الى ارتفاع الضحى وهو غاية التصبح فيدخل وقت الغداء فينبغى اجراؤهم على ما تعارفوه نهر (قوله والعشاء منه الخ) ذكر الاسبيجابى ان هذا فى عرفهم اما فى عرفنا فوقت العشاء بعد صلاة العصر انتهى وهذا هو الواقع فى عرف مصر لانهم يسمون ما يأكلون بعد الزوال وسطانية والمساء مساآن أحدهما اذا زالت الشمس الا ترى انك تقول اذا زالت كيف أمسيت والمساء الآخر اذا غربت الشمس فاذا حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسى كان ذلك على غيبوبة الشمس لانه لا يمكن حمل اليمين على المساء الاول فيحمل على الثانى بحر عن البدائع (قوله منه أى من الظهر الخ) كذا فى متن الزيلعى والعينى والبحر ووقع فى متن النهر والحموى والعشاء من الظهر قال السيد الحموى والظاهر ان المراد بالظهر اول وقته ولهذا قال فى الخزانة الغداء من طلوع الفجر الى الزوال والعشاء من الزوال الى نصف الليل انتهى (قوله ولهذا سمى الظهر احدى صلاتى العشاء) كذا فى الفتح وكأنه تحريف والصواب العشى بفتح العين مع ياء بعد الشين المكسورة ويدل عليه قوله سبحانه وتعالى بالغداة والعشى وفى الصحاح العشاء والعشية من صلاة المغرب الى العتمة والعشاء بالكسر والمد مثل النداء وزعم قوم ان العشاء من زوال الشمس الى طلوع الفجر نهر بزيادة المكسورة بعد الشين (قوله لانه ماخوذ من السحر) وهو ما بعد نصف الليل الى طلوع الفجر حتى لو حلف لا يتسحر فأكل فى هذا الوقت حنث عينى وهذا هو المنقول عن أبى يوسف وقيل السحور من ذهاب ثلثى الليل الى طلوع الفجر حموى عن الظهيرية واعلم ان قول المصنف والسحور منه الى طلوع الفجر ساقط من متن البحر (قوله وفى التفسير توسع الخ) يشير الى ماذكره نوح أفندى ونصه تفسير الغداء والعشاء بالاكل لا يصح لما فى المغرب مما حاصله ان الغداء والعشاء اسمان لطعام يؤكل فى هذين الوقتين لا للاكل فيهما فلا يصح حمل الاكل عليهما بلا تأويل والتأويل من وجوه الاول ان الاكل بمعنى المأكول أى طعام الغداء المأكول من طلوع الفجر الى الظهر وطعام العشاء المأكول من الظهر الى نصف الليل والثانى ان فيه مضافا تقديرا والتقدير اكل الغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر واكل العشاء الاكل من الظهر الى نصف الليل والثالث ان الغداء بمعنى التغدى والعشاء بمعنى التعشى توسعا فالمعنى التغدى الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والتعشى الاكل من الظهر الى نصف الليل لان ما بعد الظهر يسمى عشاء بكسر العين ولهذا سمى الظهر احدى صلاتى العشا وهو ماروى عن أبى هريرة انه قال صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم احدى صلاتى العشاء وفسرت بانها الظهر فى بعض الروايات انتهى وكأنه لم يطلع على ما قدمناه عن النهر من ان الصواب العشى بفتح العين وياء بعد الشين المكسورة ووقع لصاحب البحر نظير ما فى الشرح وفتح القدير واعلم ان كلام الشارح صريح فى احتياج السحور للتأويل ايضا وفيه تفصيل ذكره نوح أفندى ونصه والسحور ان كان بضم السين فهو اسم للاكل فى ذلك الوقت فيصح حمل الاكل عليه بلا تأويل وان كان بفتحها فهو اسم لما

ولا نية له فالادام الخل والزيت واللبن
والمرق ونحو ذلك مما يصطبغ به الخبز
ويختلط به (لا اللحم والبيض والجبن)
والسمك هذا عند ابى حنيفة وهو الظاهر
من قول أبى يوسف وعند محمد ما يؤكل
مع الخبز غالبا فهو ادام فيكون البيض
واللحم والجبن اداما وهو رواية عن
أبى يوسف والعنب والبطيخ ليسا بادام
بالاخلاف وقيل على الخلاف والصحيح
الاول (والغداء الاكل من) طلوع
(الفجر الى الظهر) كذا فى المغرب
(والعشاء منه) أى من الظهر (الى
نصف الليل) لان ما بعد الزوال يسمى
عشاء ولهذا سمى الظهر احدى صلاتى
العشاء فى الحديث (والسحور منه) أى
من نصف الليل (الى) طلوع (الفجر)
لانه ماخوذ من السحر وفى التفسير
توسع ومعناه اكل الغداء والعشاء
والسحور

يؤكل فيه فيحتاج للتأويل بتقدير مضاف وهو الاكل او بجعل السحور بمعنى التسحر مجازا فالمعنى على الاول اكل السحور الاكل من نصف الليل الى الفجر وعلى الثانى التسحر الاكل من نصف الليل الى الفجر انتهى (قوله على حذف مضاف) هذا يقتضى أن يكون المراد من قوله وفى التفسير توسع يعنى بحذف المضاف كما ذكره السيد الحموى قال لكن لا يلائمه التعليل بما سيأتى من قوله لان الغداء اسم لطعام الغداة لا اسم اكله الخ يعنى لصحة تأويل الاكل بالمأكول (قوله كذا فى المغرب) أى بالمعنى كما يستفاد من كلام السيد الحموى حيث قال فى المغرب الغداء طعام الغداة كما ان العشاء طعام العشاء وهذا هو المثبت فى الاصول وأما قوله فى المختصر الغداء الاكل من طلوع الفجر الخ فتوسع ومعناه اكل الغداء أو اكل العشاء او اكل السحور على حذف المضاف انتهى (قوله ما يقصد به الشبع) بان يكون اكثر من نصف الشبع فى الغداء والعشاء والسحور نهر عن الفتح لان اللقمة واللقمتين لا يسمى غداء عادة زيلعى (قوله لم يصدق أصلا) لان دلالة هذه الافعال على هذه الاشياء بطريق الاقتضاء والمقتضى لا عموم له ولا يجوز ان ينوى اكلا دون اكل مثلا لان المصدر الثابت فى ضمن الفعل دل على الماهية دون الافراد فلا يكون عاما قابلا للتخصيص حموى عن البرجندى ولان النية انما تعمل فى الملفوظ لانها التعيين المحتمل والطعام ونحوه غير مذكور فان قيل يشكل بما اذا قال ان خرجت او ان ساكنت فلانا ونوى الخروج الى سفر او المساكنة فى بيت واحد فانه يصدق ديانة حتى لو خرج الى غير السفر او ساكنه فى دار لا يحنث قلنا الخروج متنوع الى مديد وقصير وهما يختلفان اسما وحكما والفعل يحتمل التنويع دون التخصيص الا ترى انه لو حلف لا يتزوج ونوى حبشية او رومية صح ولو نوى امرأة بعينها لا يصدق لان الاول تنويع دون الثانى على ان بعض اصحابنا منعوا فعلى هذا لا يرد علينا وكذا المساكنة عامة متنوعة فأعمها ان تكون فى بلدة واحدة والمطلق منها ان تكون فى دار واحدة وأتمها ان تكون فى بيت واحد وقد بينا ان نية النوع فى الفعل تصح زيلعى وقوله ونوى حبشية او رومية صح أى فيما بينه وبين الله تعالى بخلاف ما لو نوى كوفية او بصرية والفرق ان التخصيص فى الحبشية ونحوها كالرومية والعربية من قبيل تخصيص الجنس بخلافه فى الكوفية والبصرية فانه تخصيص الصفة شرنبلالية عن الفتح والمحتمل من قول الزيلعى لانها التعيين المحتمل اسم مفعول أى ما يحتمله اللفظ شيخنا (قوله وعن أبى يوسف انه يصدق الخ) لان ذكر الفعل ذكر للمصدر وهو نكرة فى موضع الشرط فيعم فيقبل التخصيص حموى عن البرجندى ولانه مذكور تقديرا وان لم يذكر صريحا نهر (قوله أى صدق ديانة لا قضاء) لانه نكرة فى الشرط فيعم كالنفى الا انه خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء فيما اذا كانت يمينه بطلاق او عتاق ولا تعلق للقضاء فى اليمين بالله تعالى نهر وفى الواقعات اذا استحلف الرجل بالله وهو مظلوم فاليمين على ما نوى كما لو اكرهه على الحلف بأنه لا يتزوج امرأة ثم قال نويت من بلدة كذا صحت نيته تخصيص العام ديانة بالاجماع وكذا قضاء عند الخصاف والحاصل انه متى حلفه ظالم وأخذ بقول الخصاف فلا بأس به وقالوا النية للحالف ولو بطلاق او عتاق وكذا بالله لو مظلوما وان ظالما فللمستحلف در عن الولوالجية (قوله دجلة) ممنوع من الصرف للعلمية والتأنيث حموى وهو بكسر الدال وفتحها نهر بغداد شيخنا عن القاموس (قوله على الكرع) بابه خضع وفيه لغة أخرى من باب فهم شيخنا عن المختار (قوله ولم يحنث اذا شرب باناء) الاناء معروف والجمع آنية وجمع الآنية اوان مثل سقاء وأسقية وأساق كذا فى الصحاح وهذا أى عدم الحنث اذا شرب باناء اذا لم يكن له نية فان نوى باناء او غيره عمل به وقيد بالنهر لانه لو حلف لا يشرب من البئر وليست ملآنة فتكلف الكرع منها لا يحنث به فى الصحيح بل بالاغتراف منها اذا لم يكن له نية شرنبلالية عن الفتح والحب كالبئر ان كان مملوءا فيمينه على الكرع عنده خلافا لهما والا فعلى الاغتراف وتقييده بقوله وليست ملآنة للاحتراز عن الملآنة فيمينه حينئذ تكون على الكرع عنده ولو شرب من نهر يأخذ من الفرات لا يحنث فى يمينه لا يشرب من الفرات اجماعا ويحنث فى يمينه لا يشرب من ماء الفرات ولو حلف لا يشرب ماء فراتا او من

على حذف مضاف وذلك لان الغداء
اسم لطعام الغداة لا اسم اكله وكذا
العشاء بالمد والفتح اسم لطعام العشاء
كذا فى المغرب ثم الغداء والعشاء
ما يقصد به الشبع عرفا ويعتبر فى حق
اهل كل بلد عادتهم حتى لو حلف
لا يتغدى لا يحنث باللبن والتمر الا اذا
كان بدويا ولو قال (ان لبست او اكلت
اوشربت) او نكحت او اغتسلت
فعبدى حر (ونوى) ثوبا (معينا) او طعاما
اوشرابا او فلانة او من الجنابة المعينة
(لم يصدق اصلا) لا ديانة ولا قضاء
فيحنث اذا لبس اى ثوب كان ولكن
بشرط ان يكون قدر ما يستر العورة
واى طعام اكل واى شراب شرب
واى امرأة نكح واى جنابة اغتسل
وعن أبى يوسف يصدق فيما بينه
وبين الله تعالى وبه اخذ الخصاف
وهو قول الشافعى (ولو زاد ثوبا) فقال
ان لبست ثوبا (او) زاد (طعاما) فقال
ان اكلت طعاما (او) زاد (شرابا)
فقال ان شربت شرابا أو امرأة أو
غسلا (دين) أى صدق ديانة لا قضاء
لو حلف (لا يشرب من دجلة) انعقدت
يمينه (على الكرع) ولم يحنث اذا
شرب باناء عند أبى حنيفة

ماءفرات فهو على شرب ماء عذب من أى موضع كان ولو حلف لا يشرب ماء هذا الكوز فصب ماؤه فى كوز آخر فشربه لم يحنث لتبدل النسبة زيلعى (قوله وعندهما يحنث) لانه المتعارف يقال شرب أهل بغداد من دجلة والمراد الشرب بأى شئ كان وله ان كلمة من للتبعيض حقيقة وهى مستعملة عرفا وشرعا قال عليه السلام لقوم نزل عندهم هل عندكم ماء بات فى الشن والا كرعنا والحقيقة مرادة ولهذا لو شرب كرعا يحنث ولو حنث بالشرب باناء يلزم منه الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو ممتنع وهما يقولان ليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز بل هو عمل بعموم المجاز والحق ان هذه المسئلة مبنية على ان المجاز الراجح أولى عندهما من الحقيقة المستعملة فيصار الى المجاز وعنده الحقيقة المستعملة أولى فلا يصار الى المجاز وهو نظير اختلافهم فيمن حلف لا يأكل من هذه الحنطة زيلعى وقوله والحق ان هذه المسئلة مبنية على ان المجاز الراجح أولى عندهما فيصار الى المجاز يوهم عدم حنثه بالكرع عندهما وليس كذلك بدليل قوله وهو نظير اختلافهم فيمن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لما ذكره هو وغيره من انه يحنث بالقضم عندهم جميعا ولقوله ولهذا لو شرب كرعا يحنث أى اتفاقا لانه ذكره فى مقام الاستشهاد وهم لا يستشهدون الا بالمتفق عليه (قوله والكرع تناول الماء بالفم) من موضعه ولو تناوله باناء لا يكون كرعا نهر عن المغرب (قوله بخلاف ماء دجلة) لان الشرط شرب ماء منسوب الى دجلة والغرف لا يقطع النسبة عينى (قوله فصب) ظاهر كلامهم انه لا فرق بين أن يكون صبه هو أو غيره او مال الكوز فانصب ما فيه من غير فعل أحد بحر أو صب فى أناء آخر كما هو ظاهر اطلاقه نهر وأقول سبق تصريح الزيلعى به معللا عدم الحنث بتبدل النسبة (قوله والحال انه لا ماء فيه لا يحنث) سواء علم وقت الحلف ان فيه ماء اولم يعلم هو الاصح نهر (قوله وهو شرط فى الابتداء والبقاء) أى شرط فى الابتداء لانعقاد اليمين وقوله والبقاء اى بقاء اليمين المقيدة بالوقت عندهما الى وقت وجود البر بخلاف اليمين المطلقة حيث لا يشترط لها تصور البر فى البقاء بالاتفاق كما سيأتى معزيا للشرنبلالية فى الكلام على ما اذا حلف ليقضين دينه ففات تصور القضاء بالهبة وهذا الاصل فروعه كثيرة منها كما فى الدر ان لم تصلى الصبح غدا فانت كذا لا يحنث بحيضها بكرة فى الاصح ومنها ان لم تردى الدينار الذى أخذتيه من كيسى فانت طالق فاذا الدينار فى كيسه لم تطلق لعدم تصور البر ومنها ان لم تهبينى صداقك اليوم فانت طالق وقال ابوها ان وهبتيه فامك طالق فالحيلة ان تشترى منه بمهرها ثوبا ملفوفا وتقبضه فاذا مضى اليوم لم يحنث ابوها لعدم الهبة ولا الزوج لعجزها عن الهبة عند الغروب بسقوط المهر بالبيع ثم اذا أرادت الرجوع ردته بخيار الرؤية انتهى قال شيخنا ومنها أيضا ما سئل عنه استاذنا رجل تشاجر مع زوجته بسبب أمته فقال ان لم ابعها الى ثلاثة أشهر فانت طالق ثم ظهر انها حبلى منه باعترافه فاجاب بان زوجته لا تطلق اذا مضت الثلاثة الاشهر لبطلان اليمين لان تصور البر شرط لبقاء اليمين المقيدة بالوقت عندهما الى وقت وجود البر خلافا لابى يوسف انتهى وكذا لو خلى يمينه عن الوقت بان كانت مطلقة ثم ظهر حبلها واعترف به كانت يمينه باطلة فلم يحنث بعدم بيعها لان تصور بره شرط لانعقاد اليمين المطلقة سواء علم وقت الحلف بحبلها أو لم يعلم كما تقدم فى مسئلة الكوز انتهى ولا يقال ان هذه من قبيل ان لم ابعه فكذا فاعتق أو دبر حنث لوجود المعلق عليه وهو عدم البيع لوقوع اليأس عنه بفوات المحلية فكذا يحنث فى هذه لوجود المعلق عليه الطلاق اذ باعترافه بحملها حصل اليأس من البيع لفوات المحلية فاذا مضت المدة تطلق لوجود الشرط وهو عدم البيع كما لو أعتق او دبر لانا نقول باعترافه بحملها من وطئه السابق على اليمين ظهر أنها لم تكن محلا للبيع الصحيح الذى عقد يمينه عليه وقتها وكان البر غير متصور بخلاف قوله ان لم أبعه الخ لان البر فيه متصور وقت اليمين وبالعتق أو التدبير بعدها فوت البر على نفسه فوجد الشرط وهو عدم البيع لحصول اليأس منه فيحنث كما لو وقع اليأس منه بموت الحالف أو فوات المحلوف به فحصل الفرق بين المسئلتين كذا أجاب شيخنا عما أورد على شيخه الشيخ شاهين قال شيخنا ثم رأيت المسئلة فى الخانية ونصها رجل قال لجاريته ان لم ابعك الى شهر فانت حرة ثم ظهر

وعندهما يحنث والكرع تناول
الماء بالفم من موضعه (بخلاف)
ما لو حلف ان لا يشرب (من ماء دجلة)
فانه يحنث بأى وجه شرب اتفاقا
ولو قال (ان لم اشرب ماء هذا الكوز
اليوم وكذا) يعنى امرأتى طالق مثلا
(و) الحال انه (لا ماء فيه او كان) الماء فى
ذلك الكوز (فصب) قبل الليل
(او اطلق) أى لم يذكر اليوم بان قال
ان لم اشرب ماء هذا الكوز (و)
الحال انه (لا ماء فيه لم يحنث) لعدم
امكان المحلوف عليه وهو شرط
فى الابتداء والبقاء

بها منه حبل فى الشهر حل له ان يطأها فى الشهر ثم تبطل اليمين فى قول أبى حنيفة ومحمد اذا جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر ويحل له وطؤها بعد ذلك وعلى قول أبى يوسف يحنث ولا يحل له وطؤها لانها صارت حرة انتهى (قوله وان كان الماء فيه فصب حنث اجماعا) كذا ذكره شيخنا وهو ظاهر ولهذا علل الشارح الحنث بقوله لانعقاد اليمين وفوت البر بالاراقة وعن هذا ذكر السيد الحموى انه لو ذكر قوله هذا عندهما عقب قول المتن لا يحنث لكان أصوب كما فعل العينى فان حنثه فى صورة الاطلاق اذا كان فيه ماء فصب متفق عليه انتهى (قوله الا ان فى المطلق يحنث فى الحال لوجوب البر وجوبا موسعا الخ) كذا فى النسخ التى وقفت عليها وفيه خلل ظاهر وحق العبارة ان يقال كما فى الزيلعى وفى المطلق يحنث للحال ان لم يكن فيه ماء وان كان فيه ماء يحنث عند الصب لانه يجب عليه البر كما فرغ وقد تحقق عجزه للحال فى الفارغ فيحنث للحال أو عند الصب فى المشغول فيحنث فى ذلك الوقت انتهى فظهر ان فى العبارة سقطا وهو وان لم يكن فيه ماء وان كان فعند الصب وقوله لوجوب البر الخ علة لليمين المطلقة فاذا فات البر حنث كما فرغ من اليمين وان لم يفت حنث عند الصب شيخنا (قوله ليصعدن الخ) قيد بالفعل لانه لو حلف على الترك بان قال ان تركت مس السماء فعبدى حر لم تنعقد يمينه لان الترك لا يتصور فى غير المقدور بحر (قوله انعقدت يمينه) لان صعود السماء ممكن ولهذا صعدتها الملائكة وبعض الانبياء وكذا تحويل الحجر ذهبا اما بخلع صفة الحجرية والباس الذهبية او باعدام الاجزاء الحجرية وابدالها اجزاء ذهبية نهر (قوله وحنث فى الحال) للعجز الثابت عادة وضع اليمين فى المطلقة لان المقيدة يتوقف حنثه فيها على مضى الوقت حتى لو مات قبله لم يحنث نهر (قوله فايقظه بندائه) فلو لم يوقظه لم يحنث هو المختار ولو مستيقظا حنث لو بحيث يسمع بشرط انفصاله عن اليمين فلو قال موصولا ان كلمتك فانت طالق فاذهبى أو واذهبى لا تطلق ما لم يرد الاستئناف ولو قال اذهبى طلقت لانه مستأنف وفى السراجية سأل محمد حال صغره ابا حنيفة فيمن قال لآخر والله لا كلمتك ثلاث مرات فقال ابو حنيفة ثم ماذا فتبسم محمد وقال انظر حسنا يا شيخ فنكس ابو حنيفة ثم قال حنث مرتين فقال محمد أحسنت فقال ابو حنيفة لا ادرى اى الكلمتين أوجع لى قوله حسنا أو احسنت در ولو سلم على جماعة هو فيهم حنث الا اذا لم يقصده فلا يحنث ديانة الا ان يقول الا على واحد فيصدق قضاء انه لم يقصده ولو سلم من الصلاة فان كان اماما والمحلوف عليه على يمينه لا يحنث وان كان على يساره حنث لوقوع الثانية فى غير الصلاة وعن محمد انه لا يحنث فيهما وهو الصحيح قال فى الفتح والاصح ما فى الشافى يحنث الا ان ينوى غيره وان كان مقتديا فعلى ذلك التفصيل عندهما وعند محمد لا يحنث مطلقا ولو دق عليه الباب فقال من حنث ولو سبح الحالف للمحلوف عليه للسهو او فتح عليه القراءة وهو مقتد لم يحنث وخارج الصلاة يحنث ولو قال لآخر ان ابتدأتك بكلام فعبدى حر فالتقيا وسلم كل على الآخر معا لا يحنث وانحلت اليمين لعدم تصور ان يكلمه بعد ذلك ابتداء ولو حلف لا يكلم فلانا وفلانا لم يحنث بكلام احدهما الا ان ينوى كلا منهما وعليه الفتوى واعلم ان الكلام لا يكون الا باللسان فلا يكون بالاشارة ولا الكتابة والاخبار والاقرار والبشارة تكون بالكتابة لا بالاشارة والايماء والافشاء والاعلام والاظهار يكون بالاشارة ايضا فان نوى فى الاظهار والافشاء والاعلام كونه بالكلام والكتابة دون الاشارة دين نهر واختلفوا فى القول هل هو كالكلام او لا ففى الدر عن الخانية لا اقول له كذا فكتب اليه حنث ففرق بين القول والكلام لكن نقل المصنف عن الجامع انه كالكلام خلافا لابن سماعة انتهى (فرع) رجل قال لامرأته ان كلمتك الليلة قبل ان تكلمينى فانت طالق ثم قالت المرأة ان كلمتك قبل ان تكلمنى فعبدى حر ثم قال لها الزوج اعطى السائل شيئا لا يعتق العبد ولا تطلق المرأة شيخنا عن الخانية (قوله فاذن له ولم يعلم الخ) وجه الحنث ان الاذن مشتق من الاذان او من الوقوع فى الاذن فيشترط العلم بخلاف لا يكلمه الا برضاه فرضى ولم يعلم لان الرضا من اعمال القلب فيتم به (قوله خلافا لابى يوسف) مقتضاه ان مذهب ابى يوسف ذلك وهو ممنوع وانما هو رواية عنه حموى قال فى النهر وعن الثانى انه

(وان كان) الماء فيه (فصب حنث)
حال الاراقة لانعقاد اليمين وفوت
البر بالاراقة هذا عندهما وعند أبى
يوسف يحنث فى ذلك كله لعدم اشتراط
الامكان عنده مطلقا الا ان فى
المطلق يحنث فى الحال لوجوب البر
وجوبا موسعا كما فرغ فاذا فات وجب
عند الفراغ وفى المقيد اذا مضى اليوم
وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين
بالله سبحانه (حلف ليصعدن السماء
أو ليقلبن هذا الحجر ذهبا) انعقدت يمينه
و(حنث فى الحال) وقال زفر لا تنعقد
لو حلف (لا يكلمه) أى فلانا (فناداه
وهو نائم فايقظه) بندائه (أو) حلف
لا يكلمه (الا باذنه فاذن له و) الحال
انه (لم يعلم) الحالف اذنه (وكلمه)
الحالف (حنث) فى الصورتين عندهما
خلافا لابى يوسف فى الثانية وانما قيد
بقوله فايقظه

لانه لولم يوقظه لا يحنث فى الصحيح وقيد بقوله لم يعلم لانه لو علم به ثم كلمه لا يحنث اتفاقا حلف (لا يكلمه شهرا فهو) ينعقد (من حين حلف) حلف (لا يتكلم فقرأ القرآن أو سبح أو هلل لم يحنث) مطلقا سواء كان فى الصلاة أو خارجها وعليه الفتوى وفى رواية عن علمائنا ان قرأ فيها أو سبح فيها لم يحنث وان قرأ أو سبح أو هلل أو كبر فى غيرها حنث والمذكور فى المتن رواية شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده والقياس ان يحنث فى الوجوه كلها ولو قال لعبده (يوم أكلم فلانا) فانت حر ينعقد (على الجديدين) أى على الليل والنهار حتى لو كلمه ليلا أو نهارا (فان) يحنث وانما عبر بهما لتجددهما (ان) عنى) بقوله يوم أكلمه (النهار خاصة صدق) قضاء وفى رواية لا يصدق قضاء (و) لو قال لعبده (ليلة أكلمه) فانت حر ينعقد (على الليل) وحده ولو قال (ان) كلمته الا ان يقدم زيدا وحتى) يقدم (أو الا ان يأذن أو حتى) يأذن (فكذا) أى فعبدى حر مثلا (فكلم

يحنث ووقع للزيلعى والعينى مثل ما فى الشرح ووجه عدم الحنث ان الاذن هو الاطلاق وانه يتم بالاذن كالرضا وبه قال الشافعى عينى (قوله لانه لولم يوقظه لا يحنث فى الصحيح) احترز به عما ذكره القدورى انه اذا كان بحيث يسمع لولم يكن نائما يحنث والمختار الاول وقيل هو على الخلاف عند أبى حنيفة يحنث خلافا لهما عينى (قوله لا يكلمه شهرا الخ) ولو عرفه كان على باقيه وفى البدائع قال فى بعض النهار لا أكلمه يوما كانت يمينه على بقية اليوم والليلة المستقبلة الى مثل تلك الساعة التى حلف فيها من الغد وكذا لو قال ليلة كانت يمينه من تلك الساعة الى ان يجىء مثلها من الليلة المستقبلة فيدخل ما بينهما من النهار ولو قال اليوم ولا غدا لم تدخل الليلة التى بينهما انتهى ولو لم يكرر حرف النفى كانت يمينا واحدة فيدخل الليل كما فى الواقعات نهر ولو قال يا حائط اسمع أو اصنع كذا وكذا وقصده اسماع المحلوف عليه لا يحنث زيلعى وقوله وقصده اسماع المحلوف عليه هو قول أبى يوسف وبه يفتى ويتفرع عليه ما لو قال لها ان شكوت منى لاخيك فانت طالق فجاء أخوها وعنده صبى لا يعقل فقالت يا صبى ان زوجى فعل كذا وكذا حتى سمع أخوها لا تطلق لانها خاطبت الصبى دون الاخ حموى عن شرح ابن الحلبى روى ان عبد الرحمن بن عوف بعد ان حلف ان لا يكلم عثمان رضى الله عنه كان يفعل كذلك ذكره قاضيخان والظاهر ان تقييد الصبى فى كلام ابن الشلبى بكونه لا يعقل اتفاقى (تتمة) لا يجوز هجر المؤمن فوق ثلاث لما فى الطريقة المحمدية وشرحها قال صلى الله عليه وسلم لا يحل لمؤمن ان يهجر مؤمنا فوق ثلاث فاذا مرت به ثلاث فليلقه وليسلم عليه فان رد عليه فقد اشتركا فى الاجر وان لم يرد عليه فقد باء بالاثم وزاد فى رواية فمن هجر فوق ثلاث دخل النار وهذا محمول على الهجر لاجل الدنيا وأما لاجل الآخرة والمعصية والتأديب فجائز بل مستحب من غير تقدير لوروده عنه عليه السلام وعن الصحابة فقد صح هجره للثلاثة الذين خلفوا وأمره الصحابة بهجرهم حتى تاب الله عليهم انتهى وقوله خلفوا أى عن غزوة تبوك (قوله من حين حلف) لانه لولم يذكر الشهر تتأبد اليمين فصار ذكر الشهر لاخراج ما وراءه لا لاثبات المذكور ومدة اليه وكذا لو قال ان تركت كلامه شهرا أو ان تركت الصوم شهرا أو ان لم أساكنه شهرا يتناول شهرا من حين حلف لان ترك الصوم مطلقا أو ترك الكلام أو ترك المساكنة مطلقا يتناول الابد فصار ذكر الوقت لاخراج ما وراءه وكذا الاجارة والآجال بخلاف قوله لاصومن أو لاعتكفن شهرا لان مطلق الصوم والاعتكاف المطلق لا يتأبد بل يتناول الادنى فى النفى والاثبات فيكون ذكر الوقت لمد اليه لا لاخراج ما وراءه زيلعى فيكون تعيين الشهر فى الصوم والاعتكاف اليه در (قوله لا يتكلم الخ) ولو زاد كلاما حسنا ففى الظهيرية ما يفيد انه يحنث نهر ولو حلف لا يقرأ القرآن يحنث بالقراءة فى الصلاة أو خارجها ولو قرأ البسملة فان نوى ما فى النمل حنث والا لا ولو حلف لا يقرأ سورة كذا أو كتاب فلان لا يحنث بالنظر فيه وفهمه به يفتى تنوير وشرحه عن الواقعات (قوله سواء كان فى الصلاة أو خارجها) صححه الكمال وعليه الدرر والملتقى بل فى البحر عن التهذيب انه لا يحنث بقراءة الكتب فى عرفنا انتهى وقوا فى الشرنبلالية وفى البحر صحح الحنث بالقراءة خارج الصلاة وتبعه فى التنوير وذكر ان الحنث بالقراءة خارج الصلاة هو الظاهر فاختلف التصحيح (قوله أى على الليل والنهار) لان اليوم قرن بما لا يمتد وهو الكلام فكان المراد به مطلق الوقت (قوله صدق) لم يقل المصنف قضاء لما فيه من الخلاف حموى (قوله قضاء وديانة) لانه نوى حقيقة كلامه عينى (قوله ليلة أكلمه على الليل) يعنى ما لم ينو به مطلق الوقت حموى عن البرجندى وفى مبسوط صدر الاسلام اذا قال لها أنت طالق ليلة أدخل دار فلان ونوى الوقت المطلق ودخلها نهارا تطلق فى القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى حموى عن البرجندى (قوله على الليل وحده) لانه حقيقة فى سواده كالنهار للبياض خاصة ولم يجئ استعماله فى مطلق الوقت كاليوم وأورد قوله

وكنا حسبنا كل بيضاء شحمة * ليالى لاقينا جذاما وحميرا

سقيناهم كاسا سقينا بمثله * ولكنهم كانوا على الموت أصبرا

قبل قدومه) فى الاولى (أو) قبل (اذنه) فى الثانية (حنث وبعدهما) أى بعد القدوم والاذن (لا) يحنث (وان مات زيد) الذى اسند اليمين اليه قبل القدوم والاذن (سقط الحلف) عندهما وعند أبى يوسف يبقى اليمين لو حلف (لا يأكل طعام فلان أو لا يدخل داره أو لا يلبس ثوبه أو لا يركب دابته أو لا يكلم عبده) ينظر (ان أشار) الى المضاف اليه فى جميع الصور (وزال ملكه) أى ملك المضاف اليه (وفعل) أى كله (لا يحنث) عندهما

اذ المراد مطلق الوقت فان الحرب لم يكن ليلا وأجاب شمس الائمة بان المذكور الليالى بصيغة الجمع وذكر أحد العددين ينتظم ما بازائه من الآخر ولا كذلك المفرد نهر (قوله قبل قدومه واذنه حنث) لان اليمين باقية قبل وجود الغاية زيلعى (قوله وبعدهما لا يحنث) وكذا اذا كان كلامه وقدومه معا حموى عن الخزانة وجه عدم الحنث ان القدوم والاذن صار غاية لليمين لدخول حرف الغاية فيهما أما حتى فظاهر فانها للغاية وأما الا ان فالاصل فيها انها للاستثناء وتستعار للشرط والغاية اذا تعذر الاستثناء لمناسبة بينها وبينهما وهو ان حكم ما قبل كل واحد من الاستثناء والشرط والغاية يخالف ما بعده ثم اذا تعذر الاستثناء ودخلت على ما لا يتوقت تكون للشرط كقوله أنت طالق الا ان يقدم فلان ان قدم لا تطلق وان لم يقدم حتى مات طلقت فحملت على الشرط كانه قال ان لم يقدم فلان فأنت طالق لان الاستثناء متعذر لعدم المجانسة بين الطلاق والقدوم فكان حملها على الشرط أولى من حملها على الغاية لان الطلاق لا يحتمل التأقيت لانه متى وقع فى وقت وقع فى جميع الاوقات وان دخلت على ما يتوقت تكون للغاية كما فى مسئلة الكتاب لان الاستثناء متعذر لعدم المجانسة بين الاذن والكلام فحملت على الغاية لانها دخلت على اليمين وهى تقبل الغاية كما اذا حلف لا يكلمه الى رجب ونحوه فكان حمله على الغاية أولى من حمله على الشرط لان مناسبة الاستثناء للغاية أقوى من مناسبته للشرط الا ترى ان الحكم موجود فيهما فى الحال بخلاف الشرط زيلعى وكذا تنتهى اليمين بكلمة ما دام أو ما زال أو ما كان حتى لو حلف لا يفعل كذا ما دام ببخارى فخرج منها ثم رجع ففعل لا يحنث لانتهاء اليمين وكذا لا يأكل هذا الطعام ما دام فى ملك فلان فباع فلان بعضه لا يحنث بأكل باقيه لانتهاء اليمين ببيع البعض تنوير وشرحه وكذا لو قال لا أكلمه ما دام عليه هذا الثوب أو ما زال أو ما كان فكلمه بعد ما نزعه ولبسه لا يحنث بخلاف ما لو قال لا أكلمه وعليه هذا الثوب فنزعه ولبسه فكلم حنث لانه ما وقت بل قيده بصفة فتبقى اليمين ما بقيت تلك الصفة بحر بقى ان يقال ما سبق من انه لو حلف لا يأكل هذا الطعام ما دام فى ملك فلان الخ الذى يظهر تقييده بما اذا كان يمكنه أكل كله وقد تقدم ما يدل على ذلك (قوله وان مات زيد سقط الحلف) لعدم تصور القدوم والاذن بعد موته ففات امكان تصور البر وهو شرط للانعقاد ابتداء وبقاء وعند الثانى لما لم يكن شرطا تتأبد عند سقوط الغاية ففى أى وقت كلمه حنث نهر (قوله سقط اليمين) كما لو قال والله لا أكلمك حتى يأذن لى فلان أو قال لغريمه والله لا أفارقك حتى تقضينى حقى فمات فلان قبل الاذن أو برئ من الدين فاليمين ساقطة والاصل ان الحالف اذا جعل ليمينه غاية وفاتت الغاية بطلت اليمين خلافا للثانى وكذا تسقط اليمين لو حلف ان يجره الى باب القاضى ويحلفه فاعترف الخصم أو ظهر شهوده تنوير وشرحه (قوله لا يأكل طعام فلان الخ) لو أتى بقوله مطلقا عقب قوله لم يحنث وأخر قوله ان أشار عن قوله كالمتجدد وغير قوله وان لم يشر لا يحنث بعد الزوال بقوله وان لم يشر حنث بالمتجدد بأن قال لا يأكل طعام فلان الخ وزال ملكه وفعل لم يحنث مطلقا كالمتجدد ان أشار وان لم يشر حنث بالمتجدد لكان أولى اما أولا فلانه أخصر واما ثانيا فلانه لا فرق فى عدم الحنث اذا فعل المحلوف عليه بعد زوال الملك بين ان يشير أو لم يشر (تتمة) حلف لا يأكل من طعام فلان فأكل من طعام مشترك بينه وبين غيره حنث لاطلاق الطعام على القليل والكثير بخلاف الدار والثوب بحر عن الذخيرة (قوله وزال ملكه) أطلق فى زوال الملك فى المسئلة الاولى فشمل ما اذا زال الملك من المحلوف عليه الى الحالف كما اذا حلف لا يأكل طعامك هذا فأهداه له فأكل لم يحنث فى قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف وعن محمد يحنث وكذا فى بقية المسائل بحر عن الذخيرة ومن هنا تعلم ان الطعام لا يخرج عن ملكه بالاذن للضيفان فى الاكل وينبنى عليه ان الضيف المأذون له فى الاكل لا يباح له الا الاكل حتى لو أراد نقله لغيره لم يجز وكذا لا يجوز له ان يطعم الهرة ونحوها ما لم يعلم رضاه (قوله لم يحنث عندهما) لان هذه الاعيان لا يقصد هجرانها لذواتها بل لاذى من ملاكها اما غير العبد فظاهر وكذا العبد على ظاهر الرواية لانه لخسته وسقوط منزلته الحق

بالجمادات فكانت الاضافة معتبرة فلا يحنث بعد زوال بادرر وروى ابن سماعة ان العبد كالصديق نهر وعن محمد يحنث فى العبد والدار لان الاشارة معتبرة والاضافة لغو عينى لان الاشارة لقطعها الاشتراك أبلغ فى التعريف من الاضافة فتعلقت اليمين بالعين وبه قال زفر والثلاثة (قوله وعند محمد يحنث) ظاهر اطلاقه انه يحنث فى الكل وهو خلاف ما سبق عن العينى من تخصيصه الحنث عند محمد بالعبد والدار (قوله كما فى المتجدد) أى لا يحنث فى الملك المتجدد من المذكورات اجماعا لوقوع اليمين على المشار اليه حموى عن البرجندى (قوله لا يحنث بعد الزوال) أى زوال الاضافة لانه عقد يمينه على فعل واقع فى محل مضاف الى فلان فلم يوجد درر (قوله ولكن حنث بالمتجدد ملكا) لان اللفظ مطلق فيجرى على اطلاقه درر (قوله وقال أبو يوسف الخ) الذى فى الزيلعى وعن أبى يوسف انه لا يحنث فى الملك المتجدد له فى الدار وحده لان الملك لا يستحدث فيها عادة فهى أول ما يشترى وآخر ما يباع فتقيدت اليمين المضافة الى الدار بالقائمة فى ملكه وقت اليمين وهما يقولان ان اللفظ مطلق فيجرى على اطلاقه انتهى (قوله وعنه فى رواية الخ) لانه عقدها بالاضافة فالم توجد حقيقة باوقت اليمين لا يتناوله اليمين (قوله وفى الصديق الخ) انما حنث لان هذه الاشياء يمكن ان تهجر لذاتها فاذا كانت الذات معتبرة كان الوصف وهو كونه مضافا الى فلان فى الحاضر لغوا حموى (قوله حنث اجماعا) لان الحر مما يقصد بالهجر فكانت الاضافة للتعريف هذا اذا لم يقل فانه عدو لى فانه لا يحنث بعد الزوال لظهور ان الداعى لمعنى فى المضاف اليه نهر (قوله وعند محمد يحنث) لان المقصود هجرانه والاضافة للتعريف فصار كالمشار اليه ولما ان هجران الحر لغيره محتمل وترك الاشارة والتسمية أى وترك التسمية باسمه يدل على ذلك فلا يحنث مع الاحتمال بالشك عينى (قوله وحنث بالمتجدد) قيده الزيلعى بما اذا لم يشر ولا حاجة اليه للاستغناء عنه بقول المصنف وفى غير المشار والحاصل انه اذا اضاف ولم يشر لا يحنث بعد الزوال فى الكل لانقطاع الاضافة ويحنث فى المتجدد بعد اليمين فى الكل لوجودها واذا أضافها وأشار فانه لا يحنث بعد الزوال والتجدد ان كان المضاف لا يقصد بالمعاداة والا حنث بحر (قوله بان لم يكن له صديق أو زوجة الخ) لو اقتصر فى الشرح على قوله بان كلم ما استحدثه من صديق او زوجة ليشمل ما لو كان له وقت اليمين صديق وزوجة او لم يكن لكان اولى (قوله وعند محمد لا يحنث) وهو مبنى على ما تقدم من انه يتناول المعين وهو الموجود فتكون معاداته لذاته عنده وعندهما لاجل الاضافة هذا اذا لم تكن له نية واما اذا نوى فعلى ما نوى لانه نوى محتمل كلامه زيلعى (قوله الطيلسان) معرب تيلسان ابدلوا التاء منه طاء من لباس العجم مدور اسود لحمته وسداه صوف نهر ووزنه فيعلان بفتح الفاء والعين وقيل بكسر العين (قوله حنث اجماعا) لان الامتناع لذاته لا للطيلسان عينى وظاهر ان الطيلسان مثال فان قوله صاحب هذه الدار ونحوه كذلك نهر حتى لو قال لا أكلم صاحب هذا الثوب فباعه وكلمه حنث لان الانسان لا يعادى لاجل الثوب بل لمعنى فيه فيراد الذات كما فى النقاية وفيه انه يجوز ان يكون الثوب حريرا فيعادى لذلك انتهى حموى عن البرجندى (قوله ستة أشهر) لان الحين يذكر بمعنى الساعة قال تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون اى ساعة تمسون و يطلق على اربعين سنة قال تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر والمراد اربعون سنة و يطلق على ستة اشهر قال تعالى تؤتى أكلها كل حين قال ابن عباس فى ستة أشهر فيحمل عليه لانه هو الوسط وخير الامور أوسطها لان اللحظة لا يقصد الامتناع عنها باليمين للقدرة على الامتناع بدونها واربعون سنة بمنزلة الابد ومن يؤمل ان يعيش أربعين سنة ولو قصد ذلك لاطلقه ولم يذكر الحين لانه يتأبد عند الاطلاق فتعين ما عيناه والزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان و يستوى فيه المعرف والمنكر لان ستة أشهر لما كانت معهودة انصرف العرف اليها زيلعى و يعتبر ابتداؤها من وقت اليمين بخلاف لاصومن حينا أو زمانا كان له ان يعين أى ستة أشهر شاء شرنبلالية عن الكمال (قوله ولم ينو) قيد به لانه اذا نوى شيئا فعلى ما نوى لانه يحتمل

وعند محمد يحنث (كما فى المتجدد) أى كما لا يحنث ان تجدد الملك فى مثل هذه الاشياء اجماعا بان اشترى طعاما آخر او دارا اخرى او ثوبا آخر او عبدا آخر (وان لم يشر) الى المضاف اليه وأضاف الى فلان هذه الاشياء (لا يحنث) ان فعل ما قال (بعد الزوال و) لكن (حنث بالمتجدد) مطلقا سواء كان دارا أو غيرها وقال أبو يوسف لا يحنث فى الملك المتجدد فى الدار وعنه فى رواية ينعقد اليمين فى الجميع بالقائم فى ملكه وقت الحلف (وفى الصديق والزوجة) أى فى المشار حنث بعد الزوال) أى لو حلف لا يكلم صديق فلان هذا أو زوجة فلان هذه وكلم بعد زوال الصداقة والزوجية حنث اجماعا (وفى غير المشار) اليه بان قال لا أكلم صديق فلان او زوجة فلان وكلمه بعد زوال الصداقة والزوجية (لا) يحنث عندهما وعند محمد يحنث (وحنث بالمتجدد) بان لم يكن له صديق او زوجة وقت اليمين فاستحدث وكلمه يحنث عندهما وعند محمد لا يحنث ولو حلف (لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه) الصاحب (وكلمه) الحالف (حنث) اجماعا وان كلم المشترى لا يحنث (الزمان والحين ومنكرهما ستة أشهر) حتى لو حلف لا يكلمه الزمان أو الحين أو زمانا أو حينا ولم ينو فعلى ستة أشهر فان كلمه قبل مضى ستة اشهر يحنث بعده لا (والدهر والابد العمر) حتى لو قال ان صمت

كلامه زيلعى (قوله والدهر والابد العمر) وأشار المصنف الى انه لو قال لا أكلمه العمر فهو على الابد واختلف جواب بشر بن الوليد فى المنكر نحو عمرا فمرة قال فى لله على صوم عمر يقع على يوم واحد ومرة قال هو مثل الحين ستة أشهر الا ان ينوى أقل أو أكثر قال فى البحر عن البدائع والاظهر وقوعه على ستة أشهر (قوله وقال ابو حنيفة لا أدرى ما هو) يعنى اذا لم يكن له نية كما فى البرهان فان قيل ذكر فى الجامع الكبير اجمعوا فيمن قال ان كلمته دهورا أو شهورا أو سنينا أو جمعا أو أياما يقع على ثلاثة من هذه المذكورات فكيف قال أبو حنيفة لا أدرى ما الدهر قلنا هذا تفريع لمسئلة الدهر على قول من يعرف الدهر كما فرع مسائل المزارعة على قول من يرى جوازها قاله ابن الضياء شرنبلالية ونقل التوقف عن الائمة الاربعة بل عن النبى صلى الله عليه وسلم وجبريل عليه السلام اذ ورد انه عليه السلام سئل عن خير البقاع فقال لا أدرى حتى أسأل جبريل فسأل جبريل فقال لا أدرى حتى أسأل ربى فصعد الى السماء ونزل فقال سألت ربى عن ذلك فقال خير البقاع المساجد وخير أهلها من يكون أول الناس دخولا وآخرهم خروجا وسئل ابن عمر عن شئ فقال لا أدرى ثم قال طوبى لابن عمر سئل عما لا يدرى فقال لا أدرى فعلم انه من الكمال والتورع وقيل انما قال لا أدرى تأدبا وحفظا للسانه عن التحدث فى الدهر فانه جاء فى الخبر لا تسبوا الدهر فان الله هو الدهر أى خالق الدهر زيلعى وفى السراج توقف أبو حنيفة فى أربعة عشر مسئلة بحر قال القهستانى وفيه تنبيه لكل مفت ان لا يستنكف من التوقف فيما لا وقوف له عليه اذ المجازفة افتراء على الله تعالى بتحريم الحلال وضده انتهى ولقد أحسن شيخ الاسلام برهان الدين بن أبى شريف حيث قال

حل الامام أبا حنيفة دينه * ان قال لا أدرى لتسعة أسئله
أطفال أهل الشرك أين محلهم * وهل الملائكة الكرام مفضله
أم أنبياء الله ثم اللحم من * جلالة أنى يطيب الاكل له
والدهر مع وقت الختان وكلبهم * وصف المعلم أى وقت حصله
والحكم من خنثى اذا ما بال من * فرجيه مع نور الجرار استشكله
وأجائز نقش الجدار لمسجد * من وقفه أم لم يجزان يفعله

قلت ولا يخفى ان الدهر فى كلام الناظم معرف وهو لم يتوقف الا فى المنكر شرنبلالية وأقول ما ذكره الناظم يتمشى على ما رواه أبو يوسف من ان المعرف والمنكر سواء عند أبى حنيفة فى التوقف كما فى النهاية والغاية لكن قال فى النهر والاصح ان الخلاف مقصور على المنكر (قوله وقالا هو على ستة أشهر) لانه يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيته منذ دهر ومنذ حين بمعنى واحد زيلعى وفى البحر وهو الصحيح واذا لم يرد عن الامام شئ فى مسئلة وجب الافتاء بقولهما نهر واذا لم يوجد النص فى المذهب أصلا يؤخذ بقول مالك شيخنا (قوله والايام) فلو حلف لا يكلمه بضعة عشر يوما فهو على ثلاثة عشر يوما لان البضع من ثلاثة الى تسعة فيحمل على اقلها بحر (قوله والدهور) انظر معناه على قول الامام فان مفرده المعرف واقع على العمر اتفاقا فلا ينبغى ان يكون فى جمعه معرفا خلاف فى انه واقع على العمر كالمفرد كما هو ظاهر والجواب انه جمع دهر منكرا وما ذكر من وقوعه على عشر مرات عند الامام كل مرة ستة أشهر فهو تخريج من الامام على قول الصاحبين شيخنا (قوله والجمع) ثم الجمع معرفة ونكرة تقع على أيام الجمعة فى المدة وله ان يكلمه ما بين الجمعات لانه حقيقة اسم ليوم مخصوص الا اذا نوى الاسبوع فيصدق للاحتمال وللتغليظ على نفسه زيلعى (قوله والازمنة) فاذا حلف لا يكلمه الازمنة أو الاحايين فهى على عشر مرات ستة أشهر بحر عن شرح الطحاوى فتكون المدة خمس سنين (قوله والشهور على السنة والايام وأيام كثيرة على السبعة) وجه العهد فى الايام والشهور ان الايام تدور على سبعة والشهور على اثنى عشر فتنصرف اليه وفى غيرهما لم يوجد فيستغرق العمر وأبو حنيفة يقول ان أكثر ما يطلق عليه اسم الجمع عشرة وأقله ثلاثة فاذا دخلت عليه آلة التعريف استغرق الجميع وهو العشرة زيلعى (قوله ومنكرها ثلاثة) لانه أقل الجمع ما لم يوصف

الدهر او الابد فعلى حر فهو على العمر (ودهر مجمل) وقال أبو حنيفة لا ادرى ما هو وقالا هو على ستة اشهر (والايام وايام كثيرة والشهور والدهور والجمع والازمنة (والسنون عشرة) من ذلك عند أبى حنيفة وعندهما السنون والدهور والازمنة والجمع على العمر والشهور على السنة والايام وايام كثيرة على السبعة وقيل ينصرف الى السبعة اتفاقا لو حلف بالفارسية (ومنكرها ثلاثة)

بالكثرة كما مر (فروع) حلف لا يكلم عبيد فلان أو لا يركب دوابه أو لا يلبس ثيابه ففعل بثلاثة منها
حنث وان كان لفلان اكثر من ثلاثة من كل صنف وتصح نية الكل ولو كانت يمينه على زوجاته
أو اصدقائه أو اخوانه لا يحنث مالم يكلم الكل مما سمى لان المنع لمعنى في هؤلاء فتعلقت اليمين باعيانهم
ولو لم يكن له الا أخ واحد فان كان يعلم به حنث والا لا قال في النهر و ينبغي ان يكون الاصدقاء والزوجات
كذلك وأما الاطعمة والثياب والنساء فيقع على الواحد اجماعا لانصراف المعرف للعهد ان امكن والا
فللجنس ولو نوى الكل صح كذا في التنوير وشرحه واعلم ان تقييد الاطعمة وما بعدها من الثياب والنساء
بال التي للجنس عند عدم العهد يشير الى انه لو ذكرها منكرة لا يحنث الا بثلاثة بقي ان يقال ماذكره في شرح
التنوير من دعوى الاجماع في الوقوع على الواحد في النساء ونحوه عزاه في النهر الى تهذيب القلانسي لكن
يعكر على دعوى الاجماع ماذكره في النهر قبله عن الذخيرة حيث حكى في المعرف من الرجال والعبيد اختلافا
فعند عامة المشايخ يحنث بالواحد وصرفه بعضهم الى كل الجنس انتهى فأى فرق بين النساء والرجال ويمكن
الجواب عن القلانسي بانه لما كان الصرف الى كل الجنس خلاف ما عليه عامة المشايخ نزله منزلة العدم

(باب اليمين في الطلاق والعتاق)

قدمه على غيره لكثرة الحلف بهما نهر (قوله وان الاول الخ) والوسط لفرد بين العددين المتساويين
وان الشخص متى اتصف بواحد من هذه الثلاثة لا يتصف بالآخر للتنافي بينهما ولا كذلك الفعل لان
اتصافه بالاولية لا ينافي اتصافه بالآخرية لان الفعل الثاني غير الاول فلو قال آخر تزوج أتزوج فالتي
أتزوجها طالق طلقت المتزوجة مرتين لانه جعل الآخر وصفا للفعل وهو العقد وعقدها هو الآخر
ولو قال آخر امرأة أتزوجها طالق فتزوج امرأة ثم أخرى ثم طلق الاولى ثم تزوجها ثم مات طلقت التي
تزوجها مرة لان التي أعاد عليها التزوج اتصفت بكونها أولى فلا تتصف بالآخرية للتضاد
لكن قال آخر عبد اضربه فهو حر فضرب عبدا ثم ضرب آخر ثم اعاد الضرب في الاول ثم مات عتق المضروب
مرة زيلعي و بحر (قوله أي طالق اوحرة) فيه لف ونشر مرتب (قوله حنث بالميت) لانه ولد حقيقة
وعرفا وشرعا بدليل ان العدة به تنقضي وتصير به نفساء والامة أم ولد وكذا لو كان سقطا قد استبان بعض
خلقه لما مر من انه ولد وفي الحديث يظل السقط محبنطئا على باب الجنة حتى يدخل أبواه الجنة روي بالهمز
وهو العظيم البطن المنتفخ بطنه من الامتلاء من الغضب و بتركه وهو المتعصب المستبطئ للشئ نهر ففعل
المهموز احبنطأ مهموزا وغيره احبنطى مقصورا شيخنا عن الكمال (قوله لا يحنث ولكن تبقى اليمين
عند أبي حنيفة) اعلم انه لا خلاف بين الامام وصاحبيه في عدم الحنث خلافا لما يفهم من كلام العيني وانما
الخلاف في الانحلال وعدمه نص على ذلك الشارح بقوله وعندهما لا يحنث وانحلت اليمين بلا جزاء ومنه
تعلم ان ماذكره السيد الحموي وتبعه بعضهم من ان الحنث هنا بالعتق ولا معنى لوصف الميت بالعتق
والصواب ان الخلاف انما هو في انحلال اليمين اذا ولدت ولدا ميتا وعدم انحلالها فليراجع انتهى مبني على
ماوقع له في نسخته من قوله وعندهما يحنث والحاصل ان لا النافية سقطت من قلم الناسخ وأنه يتعين
اثباتها بأن يقال وعندهما لا يحنث كما هو الواقع في نسختنا بخط شيخنا بدليل قول الشارح وانحلت اليمين
بلا جزاء والا يلزم ان يكون في كلامه مناقضة باثبات الحنث ونفي الجزاء لان نفي الجزاء يستلزم عدم الحنث
فتنبه (قوله ولو ولدت بعده حيا) منه تعلم ان الواو في قول صاحب النهر حتى لو ولدت ميتا وحيا عتق الحي
عنده وقالا لا يعتق واحد منهما بمعنى ثم (قوله عتق الحي عنده خلافا لهما) للصاحبين ان الشرط تحقق
بولادة الميت لكنه لما لم يكن محلا للحرية انحلت اليمين لا الى جزاء وله ان الشرط ليس الا الولد الحي لان الولد
وان كان مطلقا في اللفظ لكنه تقيد بوصف الحياة دلالة لانه قصد اثبات الحرية له جزاء والميت ليس بمحل لها

(باب اليمين في الطلاق والعتاق)
الاصل ان الولد الميت ولد في حق
غيره لا في حق نفسه وان الاول اسم
لفرد سابق والآخر لفرد لاحق فلو
قال لامرأته اوامته (ان ولدت)
ولدا (فانت كذا) أي طالق أوحرة
(حنث بالميت بخلاف) قوله للامة
اذا ولدت ولدا (فهو) أي الولد (حر)
فولدت ميتا لا يحنث ولكن تبقى اليمين
عند أبي حنيفة وعندهما لا يحنث
وانحلت اليمين بلا جزاء (فلو ولدت)
آخر (بعده حيا عتق الحي) وحده
عنده خلافا لهما ولو قال (اول عبد
املكه فهو حر

فصار كما اذا قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لان الجزاء لا يصلح مقيدا لاستغنائهما
عن حياة الولد نوح أفندي (قوله فملك عبدا واحدا عتق) لان الاول اسم لفرد سابق لا يشاركه غيره في اسمه
ومعناه وقد وجد فيه هذا المعنى فيعتق زيلعي (قوله ولو ملك عبدين الخ) فلو ملك عبدا ونصفا معا عتق
التام بخلاف ما لو قال اول كر املكه فهو هدي فملك كرا ونصفا معا لم يهد شيئا لان النصف يزاحم كل نصف
من الكر بخلاف نصف العبد فانه متصل بالنصف الآخر والحاصل ان النصف يزاحم الكل في المكيلات
والموزونات لانه بالضم يصير شيئا واحدا بخلاف الثياب والعبيد زيلعي ونهر (قوله لا يعتق واحد منهم)
لانه لما اشترى العبدين معا في عقد واحد لم يوجد فيهما الشرط وهو الفردية ولا فيما اشتراه بعدهما لعدم
السبق زيلعي أي لعدم الاولية (قوله ولو زاد وحده عتق الثالث) وكذا لو قال أول عبد أشتريه اسود
او بالدنانير فهو حر فاشترى عبدين من البيض او بالدراهم ثم اشترى عبدا أسودا و بالدنانير فانه يعتق الثالث
أيضا عملا بالوصف درر قيد بوحده لانه لو قال واحدا لا يعتق والفرق ان واحدا يقتضي نفي المشاركة في الذات
و وحده يقتضي نفي المشاركة في الفعل المقرون به دون الذات ولهذا صدق الرجل في قوله في الدار رجل
واحد وان كان معه صبي او امرأة وكذب اذا قال وحده فاذا قال واحدا أضاف العتق الى اول عبد مطلق
لان قوله واحدا لم يفد أمرا زائدا على ما افاده لفظ اول فكان حكمه كحكمه واذا قال وحده فقد أضاف
العتق الى اول عبد لا يشاركه غيره في التملك والثالث بهذه الصفة فيعتق عناية ومافي البحر من ان الجر على
انه صفة للعبد كالاضافة أعني وحده وأقره في الشرنبلالية مدفوع بل هو كالنصب لانه يفيد أيضا نفي
المشاركة في الذات ولم أر في كلامهم الرفع على انه خبر لمبتدأ محذوف والظاهر أنه لا يعتق أيضا كالنصب
نهر واعلم ان عدم العتق مقيد بما اذا لم ينو بواحدا معنى التوحد في حالة الشراء شرنبلالية (قوله فملك عبدا
ومات لم يعتق) لان الآخر اسم لفرد لاحق لا يشاركه غيره من جنسه ولا سابق له فلا يكون لاحقا ألا ترى
انه يدخل في قوله اول عبد أملكه فيستحيل ان يدخل في ضده زيلعي (قوله عتق العبد الآخر) اتفاقا درر
وتعقبه نوح أفندي بان الاولى حذفه لانه يوهم ان في المسئلة السابقة اختلافا مع انه لا يعلم فيها خلاف
لاحد انتهى (قوله وعندهما يعتق مقتصرا) لان الآخرية تحققت بالموت فيعتق عند الموت فيكون
في الثلث وله ان كونه آخرا عند الشراء يتبين بالموت فيعتق من ذلك الوقت درر (قوله فيعتق من الثلث)
مطلقا سواء اشتراه في الصحة او المرض بخلاف العتق من جميع المال عند الامام فانه مقيد بما اذا كان الشراء
في صحته كما ذكره الشارح سابقا وعلى هذا الخلاف اذا قال آخر امرأة أتزوجها فهي طالق ثلاثا يقع عند
الموت عندهما وترث بحكم انه فار ولها مهر واحد وعليها العدة لابعد الاجلين من عدة الطلاق والوفاة وان
كان الطلاق رجعيا يعني بان لم يقل ثلاثا فعليها عدة الوفاة وتحد وعنده يقع من منذ تزوجها فان كان دخل
بها فلها مهر ونصف مهر بالدخول بشبهة ونصف مهر بالطلاق قبل الدخول وعدتها بالحيض بلا احداد
ولا ترث منه زيلعي (قوله كل عبد بشرني بكذا الخ) البشارة عرفا اسم لخبر سار خرج الضار فليس ببشارة
عرفا بل لغة ومنه فبشرهم بعذاب أليم لان الضار يغير بشرة الوجه أيضا صدق خرج الكذب فلا يعتبر
ليس للمبشر به علم وتكون بكتابة و رسالة مالم ينوا المشافهة فتكون كالحديث ولو أرسل بعض عبيده عبدا
آخر ان ذكر الرسالة عتق المرسل والا الرسول ولا فرق في البشارة بين ذكر الباء وعدمها بخلاف الخبر فانه
يختص بالصدق مع الباء والكتابة كالخبر فيما ذكر والاعلام لابد فيه من الصدق ولو بلا باء كالبشارة لان
الاعلام اثبات العلم والكذب لا يفيده تنوير وشرحه وقوله بخلاف الخبر فانه يختص بالصدق مع الباء
يشير الى مافي النهر لو قال من أخبرني او كتب الي ان فلانا قدم فكذا عتق بالكذب بخلاف ما لو قال
بقدومه (قوله فبشره ثلاثة متفرقون) فيه تجوز أي اخبره أو هو محمول على التغليب حموي عن البرجندي
(قوله عتق الاول) لتحقق البشارة من الاول دون الباقين ألا ترى الى ما روى أنه عليه السلام مر بابن
مسعود وهو يقرأ القرآن ومعه أبو بكر وعمر فقال عليه السلام من اراد ان يقرأ القرآن فليقرأ بقراءة ابن ام

فملك عبدا) واحدا (عتق ولو ملك
عبدين معا ثم) ملك عبدا (آخر لا يعتق
واحد منهم) ولو زاد وحده) بان قال
اول عبد املكه وحده فهو حر (عتق
الثالث ولو قال آخر عبد املكه
فهو حر فملك عبدا) ومات (لم يعتق
ولو اشترى عبدا ثم عبدا فمات)
الحالف (عتق) العبد (الآخر مذ
ملك) عند أبي حنيفة حتى اعتبر من
جميع المال لو اشتراه في صحته وعندهما
يعتق مقتصرا على حالة الموت فيعتق
من الثلث ولو قال (كل عبد بشرني
بكذا) اي بمجيء حبيبي مثلا (فهو حر
فبشره ثلاثة متفرقون عتق الاول)
فقط (وان بشروه معا

عبد فأخبره بذلك أبو بكر ثم عمر فكان ابن مسعود يقول بشرنى أبو بكر وأخبرنى عمر زيلعى (قوله عتقوا) لتحقق البشارة من الجميع عينى ولو قال عنيت واحدا لم يدين فى القضاء بل فيما بينه وبين الله تعالى فيختار منهم من شاء فيمضى عتقه ويمسك البقية حموى عن ابن الحلبى (قوله وصح شراء أبيه للكفارة) أى كفارة يمينه ومثلها كفارة الظهار والصوم والقتل حموى وكان الاليق بهذه المسئلة مع ما بعدها فصل الكفارة نهر وأشار بالشراء الى انه لا يجزئه عنها بالارث لانه يثبت فيه الملك بلا اختياره فلا تتصور النية فيه ويجزئه عن الكفارة اذا نواه عنها عند قبوله بهبة او وصية أو صدقة لسبق النية مختارا فى السبب فتح وتبيين وذكره فى البحر بحثا قال ولم أره وزاد فى بحثه ما اذا جعل بدلا عن خلع او صلحا عن دم ونحوه يكون كذلك مجزئا بالنية عند قبوله شرنبلالية (قوله خلافا لزفر والشافعى) والاصل فيه ان النية اذا قارنت علة العتق ورق المعتق كامل صح التكفير والا فلا فهما يقولان علة العتق القرابة لانها علة الصلة بين الاقارب والشراء شرط للعتق لانه سبب للملك ولان فيه صرف منفعة الكفارة الى أبيه فلا يجوز كغيرها من القرب الواجبة عليه ولنا ان شراء القريب اعتاق قال عليه السلام لا يجزى ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه أى يعتقه بذلك الشراء لانه لا يحتاج للعتق الى شئ آخر وهذا كما يقال سقاه فأرواه ولا يقال ان العتق مستحق بالقرابة لانا نقول الاستحقاق لا يثبت قبل كمال العلة ولا معنى لقولهم فيه صرف منفعة الكفارة الى أبيه لانه لما جاز صرفها الى عبده فأولى ان يجوز الى ابيه بخلاف غيرها من أنواع الواجبات كالاطعام والكسوة والزكاة لانه لا يجوز صرفها الى عبده فكذا الى أبيه زيلعى (قوله لا شراء من حلف بعتقه) بان يقول لعبد غيره ان اشتريتك فأنت حر فاشتراه ناويا به العتق عن كفارته لان هذه النية يشترط قرانها بالعلة العتق وهى اليمين والفرض انه لم ينو عند التكلم بل عند مباشرة الشراء نهر (قوله حتى لو قال لامة رجل الخ) فيه ان المقام مقام التصوير لا التفريع فكان عليه ان يقول بان قال الخ حموى قيد بنية التكفير عند اليمين ليعلم عدم الاجزاء بالاولى اذا لم تكن النية عنده بل عند الشراء وانما لا يجزئه عتق أم الولد عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف الى اليمين من كل وجه درر فقول السيد الحموى فى الحاشية فيه انه اذا قال عن كفارة يمينى اجزأت عن الكفارة فليراجع شرح الشهاب الشلبى انتهى سبق نظر اذ عتق أم الولد عن الكفارة لا يجزئ مطلقا الا معلقا ولا منجزا لاستحقاقها الحرية من جهة أخرى فلم يكن عتقا من كل وجه بخلاف القريب فانه قبل الشراء لم يعتق من وجه كما صرح بذلك هو أيضا فى شرحه والحاصل انه متى تعلق الحكم بعلة ذات وصفين يضاف الحكم الى آخرهما لان تمام العلة به وآخر الوصفين هنا الملك لانه المتأخر عن العلة الاولى وهى القرابة فيكون به معتقا ولا يدخل على هذا شهادة الشاهد الثانى حيث لا يضاف الحكم اليها وحدها وان تمت الحجة بها بل يجب عليهما ضمان ما أتلفاه بالرجوع عن الشهادة لان الشهادة لا توجب شيئا بدون القضاء والقضاء يكون بهما جميعا زيلعى (قوله وتجزئ عن الكفارة) لاقتران النية بالعلة (قوله واعلم ان التقييد بالاب اتفاقى الخ) الظاهر ان يقال انما قيد بالاب ليعلم الحكم فى غيره من كل ذى رحم محرم بالاولى (قوله صح لو فى ملكه والا لا) بخلاف ما لو قال ان تسريت أمة فأنت طالق فانه لا يشترط لوقوع الطلاق التسرى بأمة مملوكة للمعلق وقت التعليق بل يقع الطلاق بالتسرى بأمة ملكها بعد التعليق كما يقع بالتسرى بالمملوكة وقته خلافا لمن قاس تعليق الطلاق بالتسرى على مسئلة الكتاب وهى تعليق حريتها على التسرى بها فقد رد عليه صاحب البحر معللا بأن طلاق المنكوحة صحيح بأى شرط كان انتهى أى سواء كان الشرط مملوكا له وقت تعليق الطلاق أم لا وتبعه فى النهر وكلام الزيلعى آخرا صريح فيه شيخنا قلت ونقله فى الشرنبلالية أيضا وأقره ونصه قوله لا من شراها وتسراها يشير الى انه لو علق عتق غيرها أو الطلاق بالتسرى بها يحنث ذكره صاحب البحر آمرا بحفظه فانه غلط فيه بعض معاصريه انتهى (قوله خلافا لزفر) لان التسرى لا يصح الا فى الملك فكان ذكره ذكرا للملك كمن قال لاجنبية ان طلقتك فعبدى

عتقوا وصح شراء أبيه للكفارة) ناويا عنها خلافا لزفر والشافعى (لا شراء من حلف بعتقه) للكفارة (و) لا شراء (أم ولده) للكفارة حتى لو قال لامة رجل استولدها بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يمينى فاشتراها فانها تعتق لوجود الشرط ولم تجزئ عن الكفارة وانما قيد بام الولد لانه لو قال لامة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يمينى فاشتراها تعتق وتجزئ عن الكفارة واعلم ان التقييد بالاب اتفاقى لان الحكم لا يختلف فى قريب محرم كما مر فى باب الظهار (ولو قال (ان تسريت) امة (فهى حرة صح) هذا الحلف (لو) كانت الامة (فى ملكه) وقت اليمين فتعتق بعد التسرى (والا) أى وان لم تكن الجارية فى ملكه وقت اليمين (لا) يصح خلافا لزفر حتى لو اشترى امة بعده فتسرى بها

حر يصير كانه قال ان تزوجتك وطلقتك لان الطلاق لا يصح الا فى الملك فصار ذكره ذكرا للملك فكذا هذا ولنا ان اليمين بالعتق انما يصح فى الملك أو مضافا اليه أو الى سببه ولم يوجد واحد منها فى حقها ولئن سلمنا ان ذكر التسرى ذكر للملك اليمين لا يلزم منه عتقها الا ان الملك ثبت اقتضاء ضرورة صحة التسرى فيقدر بقدرها ولا يظهر ثبوته فى حق صحة الجزاء وهو الحرية لان ما ثبت اقتضاء للضرورة يتقدر بقدرها ولا يظهر فيما وراءها وما قاله زفر لا يصح لانه لو كان كما قال لما تناول من كان فى ملكه يوم حلف لانه لو كان تقدير الكلام ان ملكت جارية وتسريت بها فهى حرة لم يعتق من كانت فى ملكه يومئذ اذا تسرى بها زيلعى (قوله لم يعتق عندنا) وهو قول الائمة الثلاثة (قوله وتسريت) بقلب احدى الراآت ياء كما قلبت احدى النونات ياء فى تظنيت اصله تظننت زيلعى وفى كلام الشارح ما يشير اليه (قوله أى بوأها بيتا ومنعها من الخروج) فيه قصور لما فى النهر من ان الجماع بالفعل مأخوذ فى مفهوم التسرى فلو حصنها وأعدها للجماع الا انه لم يجامعها لم تعتق وقد اغفلوا التنبيه عليه انتهى (قوله قد تغير الخ) كما قالوا فى النسبة الى الدهر دهرى والى الارض السهلة سهلى زيلعى (قوله من السرور) فضم سينها على الاصل نهر (قوله طلب الولد مع ذلك شرط) حتى لو عزل عنها لا تكون سرية عنده لكن قال فى النهر قلنا مادة اشتقاقه سواء اعتبرت من السرور أو مما يرجع الى الجماع أو غير ذلك لا تقتضى الانزال فأخذه فى المفهوم واعتباره لا دليل عليه انتهى (قوله عتق عبيده الخ) لثبوت الملك فيهم أى كملا رقبة ويدا ولو نوى الذكور دون الاناث صدق ديانة لا قضاء ولو نوى السود دون غيرهم أو النساء دون الذكور لا يصدق أصلا ولو قال لم انو المدبرين فى رواية يصدق ديانة لا قضاء وفى رواية لا يصدق أصلا شرنبلالية عن الفتح (قوله أو هذه وهذه طالق) لا سلف للشارح فى التصريح بذكر الخبر فالاولى حذفه كما فى الزيلعى والعينى والبحر والنهر والدر والدرر فان قلت حذفه متعين لما سيأتى عن النهر من تقييد المسئلة بعدم ذكر الخبر قلت ليس المراد عدم ذكر الخبر مطلقا بل خبر المثنى فقط على ما سيأتى ايضاحه (قوله طلقت الاخيرة الخ) لان او لاحد المذكورين وقد أدخلها بين الاوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة منهما والعطف يشرك فى حكم المعطوف عليه وحكمه هنا الطلاق المنجز وانما التوقف فى التعيين فصار كما لو قال احداكما طالق وهذه قيد بعدم ذكر الخبر لانه لو قال هذه طالق أو هذه وهذه طالقان أو هذا حر أو هذا وهذا حران لم تطلق واحدة ولم يعتق واحد بل يخير ان اختار الايجاب الاول وحده طلقت الاولى وحدها والعبد الاول وحده أو الثانى طلقت الاخيرتان نهر (قوله وخير فى خمسمائة فى الاوليين) فيجعلها لايهما شاء وذكر فى المغنى ان النصف للاول والنصف الآخر للآخرين والصواب الاول وعليه المعنى لان الثالث معطوف على من له الحق منهما فيكون شريكا له ولو كان معطوفا على ما يليه كما ذكر لكان المقر به للاول وحده أو للآخرين لانه أوجبه لاحد المذكورين لا لهما بحر ولما كان قوله فى الدر ر خمسمائة بين الاوليين موهما خلاف المراد حاول الشيخ حسن تصحيحه فقال يعنى فيما بينهما لمن شاء منهما

(باب اليمين فى البيع والشراء والتزويج والصوم والصلاة وغيرها)

كالمشى واللبس والجلوس حموى وانما قدم البيع والشراء لكثرة وقوعهما نهر (قوله والاصل ان كل فعل ترجع حقوقه الى المباشر الخ) اعلم ان المراد بالمباشر خصوص الوكيل لا ما يعم الاصيل لان التمييز بين النوع الاول أعنى ما لا حنث فيه الا بالمباشرة والنوع الثانى لا يتم الا بذلك فلو قال والاصل ان كل فعل تتعلق حقوقه بمن له العقد لا بالعاقد كالنكاح يحنث فيه بالامر أيضا كما نقله السيد الحموى عن البرجندى لكان أولى وانما لم أقل لكان صوابا لاستقامة الكلام حتى على اعتبار العموم فى المباشر أيضا بان يكون تقدير الكلام كل عقد ترجع حقوقه الى المباشر أصيلا كان أو وكيلا لا يحنث بمباشرة المأمور وكل

لم تعتق عندنا خلافا له يقال تسررت وتسريت كما قالوا اتظننت وتظنيت أى اتخذها سرية أى بوأها بيتا ومنعها عن الخروج فهى فعلية بالضم منسوبة الى السر بالكسر وهو الجماع أو الاخفاء لان الانسان يسر به واغا ضمت سينه لان الابنية قد تغير فى النسبة خاصة وكان الاخفش يقول انها مشتقة من السرور لانه يسر بها وقيل مأخوذ من السرى وهو السيد لانه اذا اتخذها سرية فقد جعلها سيدة الجوارى كذا فى الفوائد الظهيرية وذلك عندهما وعند أبى يوسف طلب الولد مع ذلك شرط ولو قال (كل مملوك لى فهو حر عتق عبيده وامهات اولاده ومدبروه لا مكاتبوه) ولا معتق البعض الا ان ينويهم ولو قال لنسوته (هذه طالق أو هذه وهذه طالق) فله طلقت الاخيرة وخير فى الاوليين (وكذا ان يعين الطلاق فى ايهما شاء (وكذا العتق والاقرار) بان قال لعبيده هذا حر أو هذا وهذا حر عتق الاخير وخير فى الاوليين وبان قال لفلان على الف أو لفلان وفلان كان للاخير خمسمائة وخير فى خمسمائة فى الاوليين
(باب اليمين فى البيع والشراء والتزويج والصلاة وغيرها)
والاصل ان كل فعل

عقد لاترجع حقوقه الى المباشر الا اذا كان أصيلا يحنث بفعل المأمور أيضا ثم الضابط هنا كما فى النهر أحد أمرين الاوّل ان كل فعل الخ ماذكره الشارح الثانى ان كل ما يستغنى المأمور فى مباشرته عن اضافته الى الآمر لم يحنث بمباشرة المأمور وان كان لا يستغنى عن الاضافة يحنث وبالثانى دخل نحو الخصومة مما لاحقوق له ترجع الى المأمور فانه يحنث فيها بالتوكيل على ماسيأتى وبهذا التقرير علمت ان القسمة ثنائية كما جرى عليه المصنف والاكثرون وجعلها فى الخانية ثلاثية بجعل مالاحقوق له قسما ثالثا وادّعى فى البحر انه الاولى لان مالاحقوق له يخرج عنهما وقد علمت انه لايخرج ثم يرد على الثانى الصلح على انكار فانه من الثانى مع انه يستغنى عن اضافته الى الآمر كما فى شرح الوقاية انتهى (قوله ترجع حقوقه الى المباشر) قال البرجندى وهو كل فعل يجوز ان يثبت حكمه للعاقد ثم ينتقل من العاقد الى غيره جوى واشار بقوله يجوز ان يثبت حكمه للعاقد الخ الى الخلاف المشهور بين الكرخى وأبى طاهر من انه اذا وكله بشراء شئ ونحوه من كل عقد ترجع حقوقه للعاقد هل يثبت حكمه للوكيل أوّلا ثم ينتقل للموكل أو يثبت للموكل ابتداء قال الكرخى بالاوّل وأبو طاهر بالثانى وهو الاصح واعلم انه اذا اشترى الوكيل قريبه المحرم لا يعتق عليه باتفاق الكرخى أيضا مع ان قياس ثبوت الملك له ابتداء يقتضيه لان ملكه غير مستقر والموجب للعتق هو الملك المستقر وانظر هل اذا كان وكيلا بالاجارة فمات تبطل على قياس مذهب الكرخى قلت المصرح به بطلانها بموت المعقود له لابموت العاقد حيث عقدها لغيره كالوكيل والوصى والاب والجد والقاضى ومتولى الوقف لبقاء المستحق الا اذا كان الوقف خاصا بالمتولى بخلاف الوكيل بالاستئجار فانها تبطل بموته (قوله البيع) هذا هو المشهور ولم نجد فيه خلافا لكن نقل السيد الحموى عن المفتاح انه يحنث فى البيع والشراء والاجارة والاستئجار بالامر فى قول محمد انتهى ولو حلف لا يبيع فوهب بشرط العوض ينبغى ان يحنث كذا فى القنية وبه جزم فى الظهيرية ولو حلف لا يبيع داره فأعطاها صداقا لامرأته ان اعطاها عوضا عن دراهم المهر حنث لا ان تزوّجها عليها هذا هو الصواب فى عبارة النهر وما وقع فى بعض النسخ من قوله لانه تزوّجها عليها تحريف من النساخ شيخنا (قوله والشراء) فلو حلف لا يشترى منه فأسلم اليه فى ثوب حنث وفى القنية حلف لا يشترى لا يحنث بالتعاطى وحكى فى النهر الحنث بقيل وفيه عن القنية أيضا حلف ان اشتراه يحنث بالاقالة وقيل هذا قوله وأما على قولهما فلا يحنث وأقول الوجه فى ذلك ماتقرر من ان مبنى الايمان العرف وفى العرف لا يقال لمن اقال مبيعا انه اشتراه جوى واعلم انه وقع فى خط العينى بعد قوله والشراء والتزويج وهو سهو فان التزويج من القسم الثانى وهو ما يحنث بهما وليس فى خط القرى والزيلعى والرازى شلبى واعلم ان المراد بالشراء الذى وجد بعده التزويج فى خط العينى هو الشراء الذى بعد قوله ما يحنث بالمباشرة لا بالامر البيع والشراء لا الشراء الذى فى الترجمة كما توهمه بعضهم اذ لا وجه للاعتراض به (قوله والاجارة) فلو حلف لا يؤجر وله مستغلات اجرتها زوجته وقبضت الاجرة واعطته اله لا يحنث وتركها فى ايدى الساكنين ليس اجارة وكذا لو تقاضى منهم اجرة شهر قد سكنوه اما لو تقاضى منهم اجرة شهر لم يسكنوا فيه أو قال اقعدوا فى هذه المنازل كان ذلك اجارة فيحنث كذا فى الذخيرة وأنت خبير بان تقاضى اجرة شهر لم يسكنوا ليس الا اجارة بالتعاطى فينبغى ان يجرى فيه الخلاف السابق نهر واعلم ان المراد من قوله لم يسكنوا نفى السكنى بالنسبة للزمن الماضى قبل الحلف لا بعده والا فكيف يطالبون بالاجرة مع عدم السكنى أصلا (قوله والصلح عن مال) مقيد بكونه عن اقرار كما سيأتى فى بابه انه عن انكار فداء أى فى حق المدعى عليه فيكون من الثانى كالصلح عن عمد وما فى المحيط من انه يحنث بالتوكيل فى الصلح حمله فى النهر على ما اذا كان عن انكار قال ولا حاجة الى ما فى البحر من حمله على الصلح اللغوى أى الرافع للعداوة (قوله والقسمة) بان حلف لا يقسم مع شريكه فوكل غيره ان يقسم معه لم يحنث جوى (قوله والخصومة) والفتوى انها ملحقة بالاول نهر عن البزازية وذكر انه اختلف فيها كلام صاحب المحيط فذكر أولا انها من الثانى وثانيا من الاوّل (قوله

وضرب

ترجع حقوقه الى المباشر لايحنث الحالف بمباشرة المأمور لوجوده منه حقيقة وحكما والايحنث ويصير العاقد سفيرا والآمر فاعلا ثم (ما يحنث بالمباشرة لا بالامر البيع والشراء والاجارة والاستئجار والصلح عن مال والقسمة والخصومة

فى هامش ص ٣٠٢ س ١٠ قوله حلال بروى حرام معناه الحلال حرام عليه وفى س ١٢ منه قوله هرچه بدست راست كيرم بروى حرام معناه كل ما املك بيدى اليمنى فهو عليه حرام يعنى على القائل وفى س ١٧ منه هرچه بدست چب كيرم كل ما أملكه بيدى اليسرى لان راست بالفارسى اليمين وچب بفتح الاول بثلاث نقط اليسار وفى س ١٩ منه هرچه بدست كيرم كل ما أملكه بيدى هذا القول الاخير خال عن قيد راست وهو اليمين وعن قيد چب أيضا وهو اليسار قاله محمد عارف

وضرب الولد) أى الكبير ذكرا كان أو انثى جوى اما الصغير فيملك ضربه فيملك التفويض فيحنث بتوكيله كالقاضى در ونهر عن الخانية وهو ظاهر فى ان الاب ليس له تأديب ولده الكبير حتى لو فعل ما يوجب الحد أو التعزير لا يتولى الاب ذلك بنفسه بل يرفعه الى القاضى الا اذا كان حالة المباشرة للنهى عن المنكر ويؤيده ما صرحوا به من انه اذا طلب الانفراد بالسكنى لم يملك الاب منعه الا اذا كان صبيح الوجه دفعا للعار عن نفسه وانظر حكم ولد الولد هل هو كالولد قال السيد الحموى وظاهر تعليل المسئلة وقولهم ضرب الحر كالولد يقتضى الحاقه به انتهى والمراد بالمنفعة التى وقع الفرق بها بين الولد والعبد معظمها كما فى الزيلعى فسقط ما عساه يقال ان منفعة الضرب تعود على كل من الضارب والمضروب فى كل من المسئلتين (قوله الا ان ينوى الخ) وقع فى النسخة التى كتب عليها السيد الحموى الا ان ينوى ان لا يأمر بنفسه ولهذا قال قوله ان لا يأمر لعله ان لا يلى ليطابق قوله بنفسه انتهى (قوله يعتبر الغالب) وقيل تعتبر السلعة فلو مما يشتريها بنفسه لشرفها لا يحنث بوكيله والا حنث در (قوله وما يحنث بهما الخ) خلافا لمحمد فى النكاح جوى عن المفتاح (قوله اى بالمباشرة والامر) فيه تسامح لانه لا يحنث بمجرد الامر بل لابدّ من فعل الوكيل حتى لو حلف لا يتزوج فوكل به لا يحنث حتى يزوجه الوكيل فلو قال وما يحنث بفعله وفعل مأموره لكان اولى ويجاب عنه بانه اطلق الامر على الفعل بحر وفيه ان هذا تقرير للمسامحة لا جواب عنها جوى واجاب فى النهر بان المؤثر فى حنثه انما هو امره والفعل شرط فيه واعلم ان الزيلعى فسر الامر بالتوكيل لكن يرد عليه الاستقراض ولهذا استشكل صاحب الدرر ذكر الاستقراض فان التوكيل به باطل فيجب ان لا يترتب عليه الحنث لان الباطل لا يترتب عليه الحكم انتهى ويجاب بتغليب التوكيل على الرسالة جوى عن البرجندى ونصه ذكر الاستقراض وقع هنا استطرادا لان التوكيل بالاستقراض لا يصح أصلا والرسالة به جائزة فلعله سمى الرسول بالاستقراض وكيلا تغليبا انتهى ولهذا فسر المرحوم الشيخ شاهين الامر بالرسالة واما ما أجاب به فى النهر من انه انما خصه لتعلم الرسالة بالاولى ففيه تأمل واعلم انه يتفرع على بطلان التوكيل بالاستقراض ما ذكره القهستانى من ان الوكيل اذا قال أقرضنى مبلغ كذا فهو باطل لا يثبت الملك الا للوكيل الخ وان اضاف الاستقراض الى الموكل فقال ان فلانا يستقرض منك كذا أو قال أقرض فلانا كذا كان القرض للموكل شيخنا عن قاضيخان (قوله النكاح) وسئلت عما اذا كان له وكيل مطلق مفوض قبل اليمين فزوجه واجبت بانه يحنث أيضا لان المقصود انجاب الفعل من الوكيل بعد اليمين وقد وجد ثم رأيت فى عقد الفرائد عن التتارخانية وكذا لو كان التوكيل قبل اليمين ولو زوجه فضولى يعنى قبل اليمين لا يحنث بالاجازة مطلقا وبعده يحنث بالاجازة القولية لا الفعلية هو المختار وبه يفتى ولو قال والله لا ازوج فلانة فأمر رجلا فزوجها الا يحنث بخلاف لا اتزوج والفرق ان فى الاول لم يلحقه حكم ولحقه فى الثانى وهو الحل نهر عن البزازية والى هذا اشار فى الدر حيث زاد لا الانكاح بعد قول المصنف النكاح (قوله والطلاق الخ) انما يحنث بالطلاق والعتاق اذا وقعا بكلام وجد بعد اليمين واما اذا وقعا بكلام وجد قبل اليمين فلا يحنث حتى لو قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق ثم حلف ان لا يطلق فدخلت لم يحنث لان وقوع الطلاق بكلام كان قبل اليمين بخلاف التعليق بعد اليمين ولو وقع عليها بمضى مدة الايلاء قبل اليمين لا يحنث والا حنث ولو فرق بينهما بالعنة لا يحنث عند زفر وعن أبى يوسف روايتان ولو عتق المكاتب بالاداء فان كانت الكتابة قبل اليمين لم يحنث والا حنث زيلعى ولو طلق امرأته ثم قال ان تزوجت امرأة باسمك فهى طالق ثم تزوجها لم تطلق ولو قال بهذا الاسم طلقت نهر قال والفرق انه فى الاول صارت المرأة معرفة بكاف الخطاب فلم تدخل تحت النكرة انتهى وذكر الحموى فرقا آخر فقال والفرق بينهما ان التعريف بالاشارة اقوى من الاضافة انتهى واعلم ان المراد من قوله ثم تزوجها أى تزوج التى خاطبها بالطلاق بدليل ما ذكره فى النهر من انها معرفة بكاف الخطاب فلا تدخل تحت النكرة ما لو كان التى تزوجها امرأة

وضرب الولد) حتى لو حلف لا يبيع ولا يشترى أو نحوهما فوكل من فعل ذلك لا يحنث لان الفعل وجد من العاقد حقيقة وحكما ولهذا رجعت الحقوق اليه حتى لو كان العاقد بالغا عاقلا يحنث فى يمينه الا ان ينوى ان لا يأمر به فحينئذ شدد الامر على نفسه بنيته أو يكون الحالف ممن لا يباشر هذه العقود بنفسه فحينئذ يحنث بالتفويض وان كان يباشر تارة ويفوض أخرى يعتبر الغالب (وما يحنث بهما) أى بالمباشرة والامر (النكاح والطلاق

اخرى مسماة باسم التى طلقها فانها تطلق فى الوجهين اعنى مالوقال باسمك أوبهذا الاسم بقى ان يقال ان سبق الطلاق للمخاطبة ليس بأمر لازم فى صورة المسئلة حتى لوخاطب امرأة اجنبية لم يسبق له التزوج بها فضلا عن سبق الطلاق بقوله ان تزوجت امرأة باسمك أو بهذا الاسم فتزوجها لم يختلف الحكم فتدبر (قوله والخلع) كما اذا حلف ان لايخالع امرأته فوكل غيره به ففعل حنث حموى (قوله والكتابة) هذا هو الصحيح وجعلها فى النظم كالبيع ولواجاز كتابة الفضولى حنث كذا اطلقه غير واحد وقياس مامر ان يقيد ذلك بما اذا كانت بالقول نهر (قوله عن دم عمد) اوعن انكار كمامر قيد بالعمد لان الصلح عن دم غير عمد يكون صلحا عن مال وتقدم انه لايحنث فيه بفعل الوكيل والفرق ان الصلح عن دم العمد فى المعنى عفوعن القصاص بأخذ المال ولاتجزئ النيابة فى العفو بخلاف الصلح عن المال حموى عن البرجندى واعلم انه اذا وقع الصلح عن دم غير عمد لا بدوان يقع على احد مقادير الدية كما سيأتى فى محله (قوله والهبة) فلوحلف لايهب مطلقا أومعينا أوشخصا بعينه فوكل من وهب حنث صحيحة كانت الهبة أولا قبل الموهوب له أم لاقبض أولم يقبض لانه لم يلزم نفسه الابمايملكه ولايملك اكثر من ذلك وفى المحيط حلف لايهب عبده هذا لفلان ثم وهبه له على عوض حنث لانه هبة صيغة ومعنى نهر واعلم ان المراد بالتعيين فى كلامه مايكون فى نفس الموهوب فلاتكرار بمابعده وهوقوله اوشخصا بعينه (قوله والصدقة) كالهبة فيمامر ولوحلف لايقبل صدقة فوكل فى القبض ينبغى الحنث ولاحنث بالصدقة فى يمين الهبة نهر (قوله والقرض) فلوحلف لايقرض مطلقا أومعينا حنث بفعل وكيله قبل المستقرض أولم يقبل وكذا العطية والعارية وعن الثانى لايحنث مالم يقبل وفى التتارخانية لايكون قرضا بدون القبول فى قول محمد واحدى الروايتين عن أبى يوسف وفى اخرى ليس بشرط وهوالراجح ولهذا قال فى النهر وقياس مامر من انه لم يلزم نفسه الابمايملكه ترجيحه انتهى (قوله والاستقراض) وهوكالقرض سواء اقرضه المستقرض منه أولا وينبغى ان يجرى فيه الخلاف فى القبول كالقرض ولم أره نهر فعزو عدم اشتراط القبول فى الاستقراض لصاحب النهر فى كلام بعضهم بطريق الجزم غير صحيح (قوله وضرب العبد) وكذا الامة ولوعبر بالمملوك لكان اولى حموى وجه الحنث بالامر فى ضرب العبد ان المقصود راجع اليه بخلاف ضرب الولد والزوجة قيل نظير العبد وقيل نظير الولد قال فى البحر وينبغى ترجيح الثانى لمامر فى الولد ورجح ابن وهبان الاول لان النفع عائد اليه اطاعتها له وقيل ان جنت فنظير العبد والافنظير الولد قال بديع الدين ولوفصل هذا فى الولد لكان حسنا نهر عن القنية واقره الحموى وأقول فيه نظر ظاهر اذضرب الولد بدون الجناية لايجوز لكونه حينئذ محض ظلم بخلاف ضرب الزوجة لتصريحهم بان له ضربها على ترك الزينة مع ان ترك الزينة ليس من الجناية فى شئ فان قلت الولد يضرب أيضا وان لم يجن الاترى الى ماصرحوا به من انه يضرب على ترك الصلاة اذا بلغ عشرا قلت هذا انما يتم ان لو كان المراد بالولد مايعم الصغير وليس الكلام الافى خصوص الكبير (قوله والبناء والخياطة) وان لم يحسن ذلك درعن الخانية (قوله والايداع) سواء قيده بشخص أواطلق نهر (قوله والاعارة) قبل المستعير ام لانهر (قوله والاستعارة) ان اخرج الوكيل الكلام مخرج الرسالة والافلاحنث درعن التتارخانية (قوله وقضاء الدين) الااذاوكله بالقبض قبل اليمين نهرعن المنتقى وفى الخلاصة اذاوكل الطالب وكيلا بالقبض قبل اليمين فقبض الوكيل الدين بعد اليمين لايحنث حموى عن البرجندى وماذكره قاضيخان بحثا من قوله وينبغى ان يحنث كمافى النكاح خلاف المنقول (قوله والكسوة) وليس منها التكفين الااذا أراد الستردون التمليك درعن السراجية وفى النهرعن الخلاصة حلف لايكسو فلانا فارسل اليه قلنسوة أوخفين أونعلين حنث الان ينوى ان يعطيه انتهى ولايخفى ان اسم الكسوة عرفا لاينطلق على ماذكر (قوله والحمل) فى غيرالاجارة ولافرق بينه وبين الاستخدام نهر بان حلف لايحمل على هذه الدابة فامر غيره بالحمل عليها ففعل حنث كمالوحمل بنفسه حموى (تكميل) من هذا النوع

والخلع والعتق) مطلقا سواء كان بمال أوبغيره (والكتابة والصلح عن دم عمد والهبة والصدقة والقرض والاستقراض وضرب العبد والذبح والبناء والخياطة والايداع والاستيداع والاعارة والاستعارة وقضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل) حتى لوحلف لايتزوج أولا يطلق اولا يعتق

الهدم

الهدم والقطع والقتل والشركة كمافى منظومة ابن وهبان وقدمنا ان منه ضرب الزوجات والولد الصغير فى رأى قاضيخان ومنه تسليم الشفعة والاذن كمافى الخانية والنفقة كمافى الاسبيجابى والوقف والاضحية والحبس والتعزير بالنسبة الى القاضى والسلطان وينبغى ان يقال فى الحج كذلك كذا فى شرح المنظومة للشيخ عبد البر ومنه الوصية كمافى الفتح وينبغى ان يكون منه الحوالة والكفالة كمالوحلف لايحيل فلانا فوكل من يحيله أولايقبل حوالته أولا يكفل عنه فوكل بقبول ذلك والقضاء والشهادة والاقرار وفى البحران منه التولية فلوحلف لايولى شخصا ففوض الى من يفعل ذلك حنث وبهذا تمت المسائل أربعة وأربعين وقصارى ماأوصلها الطرسوسى الى أربعة وعشرين نهر ونظم السيد الحموى المسائل التى لايحنث فيها بفعل الوكيل لانها الاقل مشيرا الى انه يحنث فيماعداها فقال

شراء وبيع قسمة واجارة * وضرب لفرع ثم صلحك بالمال
خصومة واستئجار مسك ختامها * وذا النظم زهر من فرائده لال

(قوله أونحوها) حسيا كان أولا (قوله ففعل الوكيل حنث) حتى فى الافعال الحسية عند الاطلاق (قوله وقال الشافعى لايحنث الخ) لان الفعل وجد من المأمور حقيقة ومن الآمر حكما فوجد شرط الحنث من الآمر من وجه دون وجه فلايحنث كمافى القسم الاول ولنا ان غرض الحالف التوقى عن حكم العقد وحقوقه وهذه العقود تنتقل اليه بحقوقها فصارت مباشرة الوكيل كمباشرته فى حق الاحكام والحقوق وصار الوكيل سفيرا ومعبرا ولهذا لايستغنى عن اضافتها اليه ولو باشرها بغير اذنه لاينفذ عليه زيلعى (قوله ونحوها) هوغير الحسية (قوله وفى ضرب العبد وذبح الشاة) أراد بهما الافعال الحسية شيخنا (قوله ديانة وقضاء) لان الضرب والذبح ونحوهما كالبناء والخياطة من الافعال الحسية لاتوجد منه الابمباشرته لها حقيقة فاذا لم يباشرها فقدنوى حقيقة كلامه وفى غيرها أى غير الحسية كالنكاح والطلاق روايتان اشهرهما انه لايصدق الاديانة لانها كماتوجد بمباشرته توجد بامره فاذا نوى المباشرة فقط فقدنوى تخصيص العام وهوخلاف الظاهر فلايقبل نهرعن كافى المصنف (قوله وانماقال ضرب العبد الخ) كذاذكره العلامة ابن يونس فى شرحه وتعقبه السيد الحموى بقوله كون ضرب الحر كضرب الولد يقتضى انه لايحنث فيه بالامر وليس كذلك لان السلطان والقاضى لوحلف لايضرب فلانا يعنى الحر يحنث بالامر لكونه يملك الضرب فصح الامر فانتقل الفعل اليه كمافى الولوالجية الخ (تنبيه) من حلف القول لادعه يدخل البلد يبرفيه بالمنع قولا اطاعه أوعصاه شرنبلالية قال ولنافيه رسالة انتهى ومحصلها انه اذا حلف على غيره ان لايفعل كذا كمالوحلف عليه ان لايدخل هذه الدار فان كانت الدار ملك الحالف فبره بالقول وبالفعل حتى لونهاه عن الدخول فدخل يحنث الااذا لم يقدر على منعه لظلمه أوكانت الدار فى اجارته وان لم تكن ملكه فبره بالقول فقط حتى لوقال له لاتدخل ثم دخل لايحنث انتهى ومنه يعلم جواب حادثة سئل عنها الفقير هى أن شخصا حلف بالحرام على اخته ان لاتتكلم قبل خروجه من الدار ثم انها تكلمت قبل خروجه فهل يقع عليه الطلاق ويكون بائنا وهل اذا طلقها ثلاثا بعده يلحقها ام لافاجبت بانه حيث تكلمت قبل خروجه وقبل نهيه اياها عن الكلام فانه يقع الطلاق لانه حلف على مالايملك فبره بمجرد النهى فاذا وجد المحلوف عليه قبل البرفانه يحنث وتكون طلقة بائنة واذا طلقها ثلاثا وهى فى العدة فانه يلحقها لان الطلاق الثلاث من قسم الصريح ذكره فى الدر تفريعا على ماذكره فى الفتح من ان الصريح مالايحتاج الى نية وان كان الواقع به بائنا فتحصل ان مااشتهر من ان الحلف على مالايملك لاينعقد لااصل له بل ينعقد ولكن اذا وجد المحلوف عليه بعد النهى عن الفعل لايحنث وهذا اذا كانت اليمين على النفى فان كانت على الفعل اى فعل مالايملك يعنى فى وقت معين ومضى الوقت ولم يفعل فقياس ماسبق من انه يشترط لبره نهيه عن الفعل ان يقال هنا ان مضى الوقت ولم يفعل بعد أمره بالفعل لايحنث أيضا (قوله ودخول اللام الخ) المراد بدخول اللام على الفعل تعلقه به ولوقال ولام

أونحوها فوكل بذلك ففعل الوكيل حنث وقال الشافعى لايحنث فى النكاح والطلاق والعتق ولو قال الحالف فى التزوج والطلاق والعتق ونحوها نويت ان لا الى ذلك بنفسى صدق ديانة لاقضاء وفى ضرب العبد وذبح الشاة لوعنى ان لايباشر ذلك الا بنفسه صدق ديانة وقضاء وقيل ذكر القضاء فى مسئلة الضرب رواية فى الطلاق ويصدق قضاء فى الفصلين وانماقال ضرب العبد لان ضرب الحر كضرب الولد (ودخول اللام على البيع)

لحق بفعل لكان اظهر حموى عن البرجندى ونقل عن ايضاح الاصلاح مانصه وأراد بدخولها عليه قربها منه بالمجاورة لا تعلقها به لانه أمر معنوى لا يوقف عليه انتهى والمراد لام الاختصاص لالام التعريف كذا اشار اليه العينى (قوله أى على ما يملك بالعقد) اعلم ان الفعل على وجهين اما ان يحتمل النيابة كالبيع ونظائره أولا كاكل الطعام واشباهه ثم لا يخلو اما ان تدخل على الفعل أو على العين فان دخلت على ما يحتمل النيابة كان بعت لك ثوبا فانها تكون لملك الفعل وهو ان يفعله بأمره سواء كان العين ملكه أولا لان اللام جاورت الفعل واذا دخلت على العين كان بعت ثوبا لك تكون لملك العين سواء باعه بأمره أولا علم انه ثوبه أولا لان اللام جاورت العين فأوجبت ملك العين لا ملك الفعل واما فيما لا يحتمل النيابة فانها تكون لملك العين سواء قدمت اللام أو اخرت لان اللام دخل على ما يملك وهو العين وعلى ما لا يملك وهو الفعل فوجب صرفها الى ما يملك وهو العين وقد امكن بتأخير اللام عن العين واما فى الفعل الاول فكل واحد منهما يملك فكان كل واحد منهما محتملا فوجب الترجيح بالقرب والمجاورة حموى عن باكير وقوله فكان كل واحد منهما محتملا أى يحتمل كونها لملك الفعل أو لملك العين فرجح بالقرب (قوله كان بعت لك ثوبا الخ) التصريح بالمفعول ليس بشرط لما فى المحيط حلف لا يبيع لفلان فباع ماله أو مال غيره بامره حنث بحر وأنت خبير بان تمايز الاقسام اعنى تارة تدخل على الفعل أو على العين انما يظهر بالتصريح بالمفعول فلاجرم صرح به المصنف نهر (قوله لاختصاص الفعل) لان وضع اللام للاختصاص واقوى وجوهه الملك شرنبلالية عن البرهان (قوله أى على ما لا يملك بالعقد) ولا تجرى فيه النيابة عينى (قوله والضرب) كان ضربت لك غلاما أى ولدا وهذا هو الصواب فى تفسير الغلام الواقع فى كلامهم خلافا لما فى الجامع الصغير لقاضيخان من ان المراد به العبد لانه يحتمل النيابة والكلام فيما لا يحتملها نهر عن العناية (قوله والعين) أى ودخول اللام ايضا على العين والعين هى الذات المشخصة من كل شئ حموى (قوله لاختصاصها به) انث ضمير العين فى قوله لاختصاصها لانه مؤنث سماعى وذكر الفعل وهو كان مع ان ضميره راجع الى العين نظرا الى اللفظ مفتاح وفيه نظر حموى (قوله بان كان) بيان للاختصاص حموى (قوله يحنث وان كان بلا أمره) لوجود البيع منه حقيقة ولهذا ترجع الحقوق اليه حموى (قوله أى لو نوى بقوله بعت لك ثوبا بعت ثوبا لك) بان باع ثوبا مملوكا للمخاطب بغير أمره ونوى بالاختصاص الملك ولولا نيته لما حنث شيخنا (قوله أو بقوله بعت ثوبا الخ) بان باع ثوبا الغير المخاطب بأمره ونوى به الامر فيحنث فى المسئلتين لانه نوى ما يحتمله لفظه بالتقديم والتأخير وليس فيه تخفيف فيصدقه القاضى أيضا (قوله لا فيما فيه تخفيف) كعكس هاتين المسئلتين فانه يصدق ديانة لانه محتمل كلامه ولا يصدق قضاء لانه خلاف الظاهر وهو متهم وقدمنا ان الفرق بين الديانة والقضاء لا يأتى فى اليمين بالله تعالى لان الكفارة لا مطالب لها بحر (قوله لان تأخير اللام عن العين شرط هنا) أى فى جعل اللام لاختصاص العين بالمحلوف عليه حتى لو قدمت كانت لاختصاص الفعل بالمحلوف عليه لان البيع لا يملك الا بالعقد (قوله بخلاف سائر الصور) هى الدخول والضرب والاكل والشرب واللبس فان اللام فيها لاختصاص العين بالمحلوف عليه اخرت اللام أو قدمت لانها من الافعال التى لا تملك بالعقد (قوله فعقد بالخيار) أى لنفسه ولو بالخيار لغيره لا وان أجيز بعد ذلك فى الاصح قيد بالخيار لانه لو قال ان بعته فهو حر فباعه بيعا صحيحا بلا خيار لا يعتق لزوال ملكه وتنحل اليمين لتحقق الشرط تنوير وشرحه عن الزيلعى والذى فى الزيلعى وينبغى ان تنحل اليمين لوجود الشرط وافاد فى النهر اختلافا فى الانحلال وعدمه (قوله حنث) لوجود الشرط وهو البيع والشراء مع قيام الملك عنده اذ المبيع لا يخرج عن ملك البائع باشتراط الخيار له اتفاقا وخيار المشترى وان منع من دخوله فى ملك المشترى عند الامام لكن العتق معلق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق بعد الشراء بالخيار انفسخ الخيار ووقع العتق فكذا اذا علق نهر بخلاف ما اذا علقه بالملك بان قال ان ملكتك

أى على ما يملك بالعقد كالبيع (والشراء والاجارة والصياغة والخياطة والبناء كان بعت لك ثوبا أو اشتريت لك عبدا أو نحو ذلك كالبيع (لاختصاص الفعل) الفعل (بالمحلوف عليه بان كان) أى بأمر المحلوف عليه (بأمره) سواء (كان) العين (ملكه أولا) حتى لو دس المحلوف عليه ثوبه فى ثياب الحالف فباعه ولم يعلم الحالف لم يحنث لان تقدير الكلام ان بعت ثوبا بامرك ووكالتك ولم يوجد (و) دخول اللام (على الدخول) أى على ما لا يملك بالعقد كالدخول بان قال ان دخلت لك دارا (والضرب والاكل والشرب واللبس والعين كان بعت ثوبا لك لاختصاصها به) اى لاختصاص العين بالمحلوف عليه (بان كان ملكه) سواء كان (بامره أولا) علم بذلك أولا حتى لو باع ثوبا هو ملك المحلوف عليه يحنث وان كان بلا أمره (وان نوى غيره صدق فيما عليه) لانه أى لو نوى بقوله بعت لك ثوبا بعت ثوبا لك أو بقوله بعت ثوبا لك بعت لك ثوبا صدق ديانة فيهما وقضاء فيما فيه تغليظ لا فيما فيه تخفيف وانما ذكر صورة دخول اللام على العين دون غيرها لان تأخير اللام عن العين شرط هنا بخلاف سائر الصور لانه لا فرق بين تقديمها على العين وتأخيرها عنها فلا حاجة الى المثال لو قال (ان بعته أو ابتعته) أى اشتريته (فهو حر فعقد بالخيار حنث) أى عتق عند البيع بخيار الشرط أو الشراء به قيد بالخيار الشرط

فانت حر حيث لا يعتق به عنده لان الشرط وهو الملك لم يوجد لان خيار المشترى يمنع الدخول على قوله زيلعى (قوله لان خيار العيب والرؤية لا يمنع الخ) حتى لو قال ان بعته فهو حر فباعه صحيحا بلا شرط لم يحنث وان كان معيبا أو غير مرئى للمشترى لانه انما حنث فى البيع بشرط الخيار لنفسه لوجود الشرط مع قيام الملك لان شرط الخيار للبائع مانع من زواله عن ملكه بخلاف خيار العيب والرؤية فانهما لا يمنعان من زواله (قوله وكذا بالفاسد) وفى المحيط عن أبى يوسف لو قال ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا شراء فاسدا ثم تاركا البيع ثم اشتراه شراء صحيحا لا يعتق لانه حنث بالشراء الفاسد لانه شراء حقيقة فانحلت اليمين به وارتفعت وهذا دليل على انه لو اشتراه شراء فاسدا والعبد فى يد البائع تنحل اليمين لا الى جزاء لعدم الملك قبل القبض ثم بالقبض لا يعتق لانه ليس بشراء زيلعى (قوله خلافا لما يروى عن أبى يوسف) عبارة الزيلعى وعن أبى يوسف انه لا يحنث بالفاسد ولا بما فيه خيار لاحدهما اصلا لان الفاسد ناقص ذاتا لا يفيد الملك للحال ولا بعد القبض على الكمال لانه لا يفيد الحل فكان الشرط معدوما من وجه وشرط الخيار يمنع تعلق الاستحقاق بالعقد فصار كالايجاب بلا قبول ووجه الظاهر انه كامل ذاتا لوجود الاهلية والركن والمحل وتخلف الحكم من الملك والحل لا يضر (قوله وهذا الخ) تقييد للاطلاق فى قول المصنف وكذا بالفاسد أى انما يحنث بالبيع أو الشراء فاسدا فى حلفه على البيع او الشراء اذا كان فى يد البائع أو فى يد المشترى بامانة أو رهن لانه لم يزل ملكه عنه (قوله مضمونا) فان كان فى يد البائع او المشترى امانة أو مضمونا بغيره كالرهن لا يعتق لانه لا يصير قابضا عقب العقد نهر (قوله لا يعتق) لانه كما تم البيع يزول عن ملك البائع كالبيع الصحيح البات وينبغى ان تنحل اليمين لما قلنا فى الصحيح زيلعى (قوله وان كان فى يد المشترى الخ) هذا أيضا تقييد للاطلاق السابق أى انما يحنث بالشراء فاسدا فى حلفه على الشراء اذا كان فى يد المشترى مضمونا فلو لم يكن فى يده بان كان فى يد البائع أو كان فى يده غير مضمون كما لو كان فى يده امانة أو مضمونا بغيره كالرهن لم يحنث قيد بالبيع والشراء لانه فى حلفه لا يتزوج امرأة أو هذه المرأة فهو على الصحيح دون الفاسد فى الصحيح وكذا لو حلف لا يصلى او لا يصوم او لا يحج لان المقصود منها الثواب ومن النكاح الحل بخلاف البيع لان المقصود منه الملك وانه يثبت بالفاسد والهبة والاجارة كالبيع تنوير وشرحه (قوله أى حنث بالبيع الخ) صورة البيع الموقوف اذا كان البائع هو الحالف ان يقول ان بعت عبد فلان فعبدى حر فباع عبد فلان بغير اجازته عتق عبد الحالف لوجود الشرط شيخنا عن الحلبى (قوله واما بيع عبد نفسه موقوفا فلا يتصور) سيأتى فى المتن فى باب التصرف فى الرهن مانصه ويوقف بيع الراهن على اجازة مرتهنه أو قضاء دينه انتهى وعلى تسليم عدم تصوره أى ضرورة فى حمله على بيع عبد نفسه ولم لا يصور بما قاله الزيلعى لو حلف ان لا يبيع فباع ملك الغير بغير اذن صاحبه حموى فى الحاشية ثم رأيت الجواب عن الشارح بخط الحموى بهامش مسودة شرحه حيث ذكر ان المراد من عدم تصور بيعه عبد نفسه موقوفا أى على اجازة نفسه أى اجازة البائع وحينئذ لا يرد ما قاله الشيخ احمد بن يونس من انه ينتقض ما قاله الشارح ببيع الراهن العبد المرهون والمؤجر العبد المستأجر انتهى واما بيعه عبد نفسه موقوفا على اجازة غيره فصوره كثيرة من جملتها ما فى البحر والنهر من تصويره ببيعه عبد نفسه لغائب قبل عنه فضولى الخ (فرع) قال لامته ان بعت منك شيئا فانت حرة فباع نصفها من الزوج الذى ولدت منه أو من ابيها لا تعتق ولو من اجنبى عتقت والفرق ان الولادة من الزوج والنسب من الاب مقدم فيقع ما تقدم سببه وهذا المعنى لا يمكن اعتباره فى حق الاجنبى وكذا لو قال ان اشتريت من هذه الجارية شيئا فهى مدبرة ثم اشتراها هو وزوجها الذى ولدت منه فهى أم ولد لزوجها ولا يقع عليها تدبير المشترى الآمر نهر عن الظهيرية قبيل قول المصنف وكذا بالفاسد (قوله بأن باعه بالميتة أو اشتراه بها) لانه ليس ببيع حقيقة ولا حكما حتى لا يفيد شيئا من أحكام البيع ولو اتصل به القبض حتى لو قال ان بعت عبدى فهو حر فباعه بميتة أو حر لا يحنث بخلاف ما اذا باعه بخمر لانه فاسد والاول باطل زيلعى ثم الضابط

لان خيار العيب والرؤية لا يمنع زوال المبيع عن ملك البائع (وكذا بالفاسد) أى يحنث لو باع بيعا فاسدا والمسئلة بحالها خلافا لما يروى عن أبى يوسف فى النوادر وهذا اذا كان العبد فى يد البائع وان كان فى يد المشترى مضمونا عليه لا يعتق وان كان اشتراه شراء فاسدا ينظر ان كان العبد فى يد البائع لا يعتق وان كان فى يد المشترى يعتق (و) كذا (الموقوف) أى حنث بالبيع والشراء الموقوف بان اشتراه من فضولى وهو عالم به واما بيع عبد نفسه موقوفا فلا يتصور (لا بالباطل) بان باعه بالميتة أو اشتراه بها ولو قال (ان لم أبع) أى لو قال ان لم أبع هذا العبد (فكذا) أى امرأتى طالق مثلا (فاعتق) العبد

فى تمييز الفاسد من الباطل ان أحد العوضين اذا لم يكن مالا فى دين سماوى فالبيع باطل سواء كان مبيعا أو ثمنا فبيع الميتة والدم والحر باطل وكذا البيع به وان كان فى بعض الاديان مالا دون البعض ان أمكن اعتباره ثمنا فالبيع فاسد فبيع العبد بالخمر أو الخمر بالعبد فاسد وان تعين كونه مبيعا فالبيع باطل فبيع الخمر بالدراهم أو الدراهم بالخمر باطل كذا ذكره الشارح فى باب البيع الفاسد وقوله فبيع الميتة الخ أى التى ماتت حتف أنفها شيخنا (قوله أو دبر) وكذا لو كانت أمة فاستولدها لتحقق العجز عن البيع بفوات محله ولا يقال لم يقع اليأس لجواز ان ترتد وتلحق بدار الحرب ثم تسبى وتسترق ان كان المحلوف عليه انثى لانا نقول الحالف عقد يمينه على البيع باعتبار هذا الملك وذلك لا يمكن بعد هذه التصرفات وقضاء القاضى ببيع المدبر موهوم والاحكام لا تبنى على الموهومات فتحقق اليأس عن البيع نظرا الى الاصل زيلعى والمراد من قوله أو دبر هو التدبير المطلق لانه هو الذى يمتنع به البيع ومن المشايخ من قال لا تطلق لهذا الاحتمال فان قلت ما وجه تقييد الزيلعى بقوله ان كان المحلوف عليه انثى مع انه لا فرق بين المدبر وأم الولد فى عدم اليأس من البيع بعد التدبير والاستيلاد اذا ارتدا ولحقا بدار الحرب ثم سبيا واسترقا قلت تقييده بذلك لا للاحتراز عن المدبر بل للاشارة الى ان عدم اليأس من البيع بعد الاستيلاد لا يتحقق بمجرد قضاء القاضى ببيع أم الولد بناء على ما هو الصحيح من انه اذا قضى قاض بجواز بيعها لم ينفذ بخلاف المدبر اذا قضى بجواز بيعه فانه ينفذ على الصحيح والفرق بينهما من هذا الوجه والى هذا الفرق وقعت الاشارة بقوله ان كان المحلوف عليه انثى ولهذا ذكر فى جانب المدبر قضاء القاضى بالبيع ولم يذكر ذلك فى جانب أم الولد بل ذكر فى جانبها الردة والالتحاق بدار الحرب للفرق الذى ذكرناه والا فالمدبر كأم الولد اذا ارتد ولحق بدار الحرب ثم سبى واسترق فانه يجوز بيعه كأم الولد اذا استرقت بعد الردة (قوله طلقت المحلفة) بكسر اللام فى ظاهر الرواية ولم يحك خلافا فى الجامع الصغير والمذكور فى شروحه انها لا تطلق قال السرخسى وهو الاصح عندى وفى نكاح الجامع لقاضيخان وبه أخذ مشايخنا لان الكلام خرج جوابا فينطبق على السؤال فكأنه قال كل امرأة لى غيرك دلالة وفى الذخيرة الاولى ان يحكم الحال ان جرى بينهما خصومة تدل على غضبه يقع الطلاق عليها والا لا ثم فرق بين هذا وبين قوله الى امرأة غير هذه المرأة فقال كل امرأة لى طالق لا تطلق هذه المرأة بأن قوله غير هذه المرأة لا يحتمل هذه المرأة فلم تدخل واسم المرأة يشملها فدخلت نهر (تكميل) النكرة تدخل تحت النكرة والمعرفة لا تدخل تحت النكرة فلو قال ان دخل هذه الدار أحد فكذا والدار له أو لغيره فدخلها الحالف حنث لتنكيره ولو قال دارى أو دارك لا حنث بالحالف لتعريفه كذا فى الدر وفى عدم الحنث بالحالف بالنسبة لقوله أو دارك نظر ثم ظهر ان مجموع قوله دارى أو دارك يمين واحدة وفى الاشباه المعرفة لا تدخل تحت النكرة الا المعرفة فى الجزاء فتدخل فى النكرة التى هى فى موضع الشرط كان دخل دارى هذه أحد فأنت طالق فدخلت هى طلقت ولو دخلها هو لم يحنث لان المعرفة لا تدخل تحت النكرة تنوير وشرحه (تتمة) ان لم تصبى هذا فى هذا الصحن فأنت كذا فكسرته وقع الطلاق * ان لم تذهبى فتأتى بهذا الحمام فأنت كذا فطار الحمام وقع الطلاق وانما حنث لبطلان اليمين باستحالة البر كما اذا كان فى الكوز ماء فصب على ما مر وكان هذا فى الحمام يمين الفور والا فعود الحمام بعد الطيران ممكن عقلا وعادة نهر والظاهر ان الفورية معتبرة أيضا فى الفرع الاول اذ الوضع فى الصحن ممكن بعد تعميره (قوله يتناول المخاطبة) تفريع على ما مشى عليه المصنف (قوله وعن أبى يوسف ان المخاطبة لا تدخل) وفى الظهيرية وأفتى الامام على البزدوى برواية أبى يوسف للعرف الظاهر برجندى وفى المفتاح قال الحلوانى قول ابى يوسف أصح حموى وأشار البرجندى بقوله للعرف الظاهر الى ما ذكره ابن كمال باشا حيث وجه رواية أبى يوسف بأنه انما قال هذا الكلام لارضائها فيكون المراد غيرها الا هى ومنه يعلم ما فى عبارة الدرر من الخلل حيث جعل ذلك وجها لقوله وصح نية غيرها (قوله ولو نوى غيرها) أى غير المحلفة (قوله ديانة لا قضاء)

لانه

أو دبر حنث) لو (قالت) المرأة لزوجها (تزوجت على) فلانة (فقال كل امرأة لى طالق طلقت المحلفة) وكذا لو قالت تريدان تتزوج على فقال كل امرأة أتزوجها فهى طالق يتناول المخاطبة حتى تطلق فى الحل فى المسئلة الاولى واذا تزوجها بعد الابانة فى الثانية وعن أبى يوسف ان المخاطبة لا تدخل ولو نوى غيرها صدق ديانة لا قضاء ولو قال (على المشى

لانه تخصيص العام مبنى على ما سبق من تناول المحلفة (قوله الى بيت الله) ولو أراد ببيت الله بعض المساجد لم يلزمه شئ نهر (قوله لزمه حج أو عمرة) لانه تعورف بذلك ايجاب أحد النسكين فصار كقوله على حج أو عمرة نهر (قوله ماشيا) من بيته على الراجح لا من حيث يحرم من الميقات وهذا اذا لم يحرم من بيته فان أحرم منه لزمه المشى منه اتفاقا وان كان الناذر بمكة وأراد ان يجعل الذى لزمه حجا فانه يحرم من الحرم ويخرج الى عرفات ماشيا الى ان يطوف طواف الزيارة كغيره وان أراد اسقاطه أى اسقاط النذر بعمرة فعليه ان يخرج للحل ويحرم منه وهل يلزمه المشى فى ذهابه خلاف والوجه انه يلزمه اذ الحاج يلزمه المشى من بلده مع انه ليس محرما بل ذاهب الى محل الاحرام ليحرم منه فكذا هذا نهر (قوله ولا يلزمه شئ قياسا) يشير به الى ان ما فى المتن استحسان حموى وجه الاستحسان ما سبق انه تعورف به أحد النسكين الخ ووجه القياس انه التزام لما ليس بقربة مقصودة (قوله كذا فى الحواشى الخ) أى الحواشى الخبازية نقلا عن شرح السيد للهداية شيخنا (قوله ثم لا فرق بين ان يكون الناذر الخ) لان هذا اللفظ صار كناية عن التزام الاحرام والالتزام لا يختلف باختلاف الاماكن وكذا اذا قال على المشى الى مكة يلزمه الاحرام بأحدهما للعرف زيلعى (قوله بخلاف ما اذا قال على الخروج الخ) لان التزام الحج أو العمرة بهذه العبارات غير متعارف زيلعى (فرع) أضاف النذر الى سائر المعاصى بأن قال لله على ان أقتل فلانا كان يمينا وتلزمه الكفارة بالحنث ثم انما يكون يمينا بالنية اما عند عدمها فهو نذر لا غير لا يلزمه به شئ لان النذر ايجاب على نفسه بما شرعه الله على العباد ولم يشرع المعاصى فلا يصح حموى عن شرح ابن الحلبى (قوله أو الى المسجد الحرام) أو باب الكعبة أو ميزابها در (قوله فانه لا يلزمه شئ) لعدم التعارف كما سبق والسفر والشد والهرولة والسعى كالخروج والذهاب بحر ونهر (قوله وعندهما الخ) والوجه ان يحمل على انه تعورف بعد الامام ايجاب النسك بهما فقالا به فيرتفع الخلاف نهر عن الفتح (قوله وقال محمد يعتق) لانها شهادة على أمر معلوم هو التضحية ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط وهو عدم الحج ولهما ان هذه شهادة قامت على النفى فلا تقبل كما لو شهدوا انه لم يحج لان الشهادة بالتضحية باطلة اذ لا مطالب لها وهى لا تدخل تحت الحكم أيضا فبقى النفى مقصودا والشهادة على النفى مقصودا باطلة وان أحاط به علم الشاهد تيسيرا فان قيل الشهادة على النفى فى الشروط مقبولة كما اذا قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فأقام البينة انه لم يدخل تقبل ذكره فى المبسوط قلت هو أمر معاين وهو كونه خارج الدار زيلعى وتعقبه فى فتح القدير بأنه يرد عليه ان العبد كما لا حق له فى التضحية اذ لم تكن شرط العتق فلم تصح الشهادة بها كذلك لا حق له فى الخروج لانه لم يجعل الشرط فعدم الدخول كعدم الحج فى مسئلتنا فقول محمد أوجه بحر (قوله بصوم ساعة) لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب وقد وجد لان الشارع فى الفعل يسمى فاعلا ثم بالافطار بعد ذلك لا يرتفع الحنث ولان الامساك المستمر تكرار وتكرار الفعل المحلوف عليه ليس بشرط للحنث زيلعى وذكر التمرتاشى انه لو حلف لا يصوم فهو على الجائز لانه لتعظيم الله تعالى وذلك لا يحصل بالفاسد الا اذا كانت اليمين على الماضى وهو مخالف لما فى الكتاب الا ان ما فى الكتاب أصح لانه نص محمد فى الجامع الصغير وأورد ان الصوم الشرعى هو اليوم وحمل اللفظ على الشرعى أولى من حمله على اللغوى وأجاب صدر الشريعة بأنه قد أطلق على ما دون اليوم يعنى اطلاقا شرعيا فى أتموا الصيام الى الليل نهر (قوله فى محله) أراد به النهار حموى (قوله أى حنث بصوم يوم) لانه ذكر الصوم مطلقا بذكر المصدر فينصرف الى الكامل وهو المعتبر وقوله يوما تصريح فى تقديره باليوم فلا يحنث فيهما الا بصوم يوم كامل زيلعى (قوله بركعة تامة) والقياس ان يحنث بالاستفتاح أى بالشروع فى الصلاة اعتبارا بالشروع فى الصوم وجه الاستحسان ان الصلاة عبارة عن الاركان المختلفة فما لم يات بجميعها لا تسمى صلاة بخلاف الصوم لان ركنه واحد وهو الامساك ويشكل عليه ما ذكره التمرتاشى حلف لا يصلى يقع على الجائزة فلا يحنث بالفاسدة الا ان يكون المراد بالفاسدة ان تكون بغير طهارة

الى بيت الله أو الى الكعبة حج أو اعتمر) أى لزمه حج أو عمرة (ماشيا فان ركب) فى كل الاوقات (اراق دما) ولا يلزمه شئ قياسا ما الركوب فى بعضها فيتصدق بقدر ذلك من قيمة الشاة كذا فى الحواشى نقلا عن الشرح ثم لا فرق بين ان يكون الناذر فى الكعبة أو خارجا عنها (بخلاف) ما اذا قال على (الخروج أو الذهاب الى بيت الله) سبحانه (أو المشى الى الحرم أو الصفا والمروة) أو الى المسجد الحرام فانه لا يلزمه شئ عند أبى حنيفة وعندهما على المشى الى الحرم أو الى المسجد الحرام يلزمه حج أو عمرة لو قال (عبدى حر ان لم اج العام فشهدا بنحره بالكوفة) العام وهو يقول حججت (لم يعتق) عبده وقال محمد يعتق عبده (وحنث فى لا يصوم) أى لو حلف لا يصوم حنث (بصوم ساعة) فى محله ان كان (بنية و) حنث (فى) حلفه لا يصوم (صوما او يوما بيوم) أى حنث بصوم يوم (و) حنث (فى) حلفه (لا يصلى بركعة) تامة

ولوحلف لايحج فهوعلى الصحيح دون الفاسد ولايحنث حتى يقف بعرفة رواه ابن سماعة عن محمد وروى
بشرعن أبى يوسف انه لايحنث حتى يطوف أكثرطواف الزيارة ولوحلف لايعتمر لايحنث حتى يحرم بالعمرة
و يطوف أربعة أشواط كذافى المجرد وفى الذخيرة قال لعبده ان صليت ركعة فأنت حرفصلى ركعة ثم تكلم
لا يعتق ولوصلى ركعتين عتق بالاولى لانه فى الاولى ماصلى ركعة لانها بتيراء بخلاف الثانية نهر وقوله عتق
بالاولى أى بالركعة الاولى وقوله لانه فى الاولى الخ تعليل لعدم عتقه فى المسئلة الاولى وهى ما اذا صلى
ركعة ثم تكلم ولوحلف ليصومن هذا اليوم وكان بعد أكله أو بعد الزوال صحت اليمين وحنث للحال
لان اليمين لا تعتمد الصحة بل التصور كتصوره فى الناسى وهو كما لو قال لامرأته ان لم تصلى اليوم فأنت كذا
فحاضت من ساعتها أو بعد ما صلت ركعة فان اليمين تصح وتطلق فى الحال لان درور الدم لا يمنع كما فى
الاستحاضة بخلاف مسئلة الكوز لان محل الفعل وهو الماء غير قائم فلا يتصور بوجه تنوير وشرحه
وفيه كلام يعلم بمراجعة النهر (قوله اذا قيد الركعة بالسجدة) مقتضاه انه يحنث بنفس السجدة وهو
قول البعض وقال بعضهم يحنث برفع الرأس منها ومنشأ الخلاف ان محمدا لم يذكر متى يحنث زيلعى (قوله
بشفع) وهل يتوقف حنثه على قعوده قدر التشهد بعد الركعتين اختلفوا والاظهر انه ان عقد يمينه على
مجرد الفعل وهو اذا حلف لا يصلى صلاة لا يحنث قبل القعدة وان عقدها على الفرض وهو من ذوات
المثنى فكذلك لا يحنث حتى يقعد وان كان من ذوات الاربع يحنث ولوحلف لا يصلى الظهر لا يحنث حتى
يتشهد بعد الاربع بحر عن الظهيرية وهو مخالف لما فى النهر عن الفتح حيث قال وفى الفتح الاظهر انه
ان عقد يمينه على مجرد الفعل كلا يصلى صلاة يحنث قبل القعدة وان عقدها على الفرض كصلاة الصبح
وركعتى الفجر ينبغى ان لا يحنث حتى يقعد انتهى فان قلت يحتمل ان تكون لا من قوله فى البحر لا يحنث
قبل القعدة زائدة من الناسخ والصواب حذفها وعليه فلا تخالف قلت يأبى ذلك قوله وان عقدها على
الفرض وهو من ذوات المثنى فكذلك لا يحنث حتى يقعد ثم انى رأيت السيد الحموى بعد ان نقل ما نقله
فى النهر عن الفتح استشكله بما قدمناه عن الظهيرية ولم يجب ثم ظهر لى ان لا سقطت من عبارة النهر وصواب
العبارة ان يقال لا يحنث قبل القعدة بدليل قوله فى البحر فكذلك لا يحنث حتى يقعد وعليه فلا اشكال
بقى ان ما سبق عن البحر من قوله وان كان من ذوات الاربع الخ أى ان كان الفرض من ذوات الاربع يحنث
ولو قبل القعدة كما يفهم من سياق كلامه فيشكل بما بعده من قوله ولوحلف لا يصلى الظهر الخ فليحرر ثم
ظهر ان المراد من قوله وان عقدها أى عقد يمينه على الفرض انه نوى بحلفه لا يصلى صلاة خصوص
الفرض أو صرح به فى يمينه بأن قال لا أصلى صلاة مفروضة فلهذا يحنث اذا صلى من ذوات الاربع
ولو قبل القعود بخلاف ما لوحلف لا يصلى الظهر فوضح الفرق (قوله من غزلك) أى مغزولك بحر
(قوله فغزلته) قيد به لانها لو غزلته قبل الحلف والغزل موجود قبل الحلف فى ملكه فنسج ولبس
فهو هدى اتفاقا حموى عن المفتاح (قوله ونسج ثوب) كذا فى النسخ برفع ثوب ولا يخفى ان الصواب
نصبه (قوله فهو هدى) قيده بعضهم بما اذا كان كله من غزلها وعزاه الى البحر وهذا القيد لم أجده
فى البحر بل وجدت فيه ما يقتضى لزوم كونه هديا وان لم يكن الكل من غزلها ونصه حلف لا يلبس ثوبا
من غزل فلانة فلبس ثوبا من غزلها وغزل أخرى لا يحنث ولوحلف لا يلبس من غزل فلانة فلبس ثوبا من
غزلها وغزل غيرها حنث فكان الحاصل انه ان ذكر المفعول وهو الثوب لم يحنث الا بلبس ثوب كله من
غزلها وان لم يذكره حنث مطلقا وان كان بعضه من غزل غيرها وما نحن فيه من هذا القبيل لعدم ذكر
الثوب فى كلامه (قوله وعندهما ليس بهدى) لان النذر انما يصح فى الملك أو مضافا الى سببه كان
اشتريت كذا فهو هدى ولم يوجد وله ان غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد بالالفاظ
فالتعليق بغزلها سبب ملكه للثوب كأنه قال ان لبست ثوبا أملكه بسبب غزلك قطنه فهو هدى وحينئذ
فلا فرق بين ان يملك القطن بعد ذلك أو فى حال الحلف قال فى الفتح والواجب فى ديارنا ان يفتى بقولهما لان

وتمامها اذا قيد الركعة بالسجدة وعند
أبى يوسف انما يحنث باتمام الشفع
والقعود قدر التشهد (و) حنث (فى)
قوله لا يصلى (صلاة بشفع) لو قال (ان
لبست من غزلك فهو هدى فملك)
القائل (قطنا) بعده (فغزلته ونسج
ثوب) ولبس (فهو هدى) عند أبى حنيفة
وعندهما ليس بهدى وانما قال فملك
فغزلته

المرأة لا تغزل الا من كتان نفسها أو قطنها أقول وفى الديار الرومية يجب الافتاء بقول الامام لان المرأة انما
تغزل من كتان أو قطن هو ملك لزوجها نهر قال العلامة نوح أفندى وأنت خبير بأن الحصر الواقع
فى هذين الكلامين فى حيز المنع لان المفهوم من الكلام السابق ان جميع نساء ديار مصر لا يغزلن الا من
كتانهن أو قطنهن وليس الامر كذلك فان بعض نسائها يغزلن من كتان أو قطن هو ملك لازواجهن لاسيما
نساء الاروام وان المفهوم من الكلام اللاحق ان جميع نساء الديار الرومية لا يغزلن الا من كتان الزوج
أو قطنه وليس الامر كذلك فان بعض نسائها يغزلن من كتانهن أو قطنهن لاسيما نساء الجنود الذين يغيبون
عن نسائهم سنين فالاولى ان يعتبر الغالب فان كان الغالب فى البلدة التى وقع الحلف فيها ان تغزل المرأة
من كتان الزوج أو قطنه فالواجب ان يفتى بقول الامام وان كان الغالب فيها ان تغزل المرأة من كتانها
أو قطنها فالواجب ان يفتى بقولهما انتهى (قوله لانهما اذا كانا فى ملكه) أى القطن والغزل والصواب
الافراد كما هو ظاهر حموى قال فى البحر وأفاد بقوله فملك انه لو كان القطن مملوكا له وقت الحلف فغزلته
فلبسه فانه هدى بالاولى وهو متفق عليه انتهى (قوله ومعنى الهدى التصدق به الخ) وفى الفتح معنى الهدى
هنا ما يتصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها فان كان شاة أو بدنة فلا يخرج عن العهدة الا بذبحه فى الحرم
والتصدق به هناك فلا يجزئه اهداء قيمته وقيل فى اهداء قيمة الشاة روايتان فلو سرق بعد الذبح فليس
عليه غيره وان نذر ثوبا جاز التصدق فى مكة بعينه أو قيمته ولو نذر اهداء ما لم ينقل كاهداء دار ونحوها فهو
نذر بقيمتها انتهى فالحاصل ان فى مسئلة الكتاب لا يخرج عن العهدة الا بالتصدق بمكة مع انهم قالوا لو التزم
التصدق على فقراء مكة بمكة الغنا تعيينه الدرهم والمكان والفقير فعلى هذا يفرق بين الالتزام بصيغة
الهدى وبينه بصيغة النذر بحر ووجه الفرق ان مدلول الهدى خاص بما يكون بمكة والصدقة لا تختص
بها شرنبلالية واعلم ان يفرق بالراء المخففة فى المعانى و يشدد فى الاجسام ذكره القرافى فى فروقه وتعقب
بان ذلك اغلبى لا كلى بدليل قوله تعالى واذ فرقنا بكم البحر شيخنا (قوله ولبس خاتم) بفتح التاء وكسرها
حموى (قوله أو عقد لؤلؤ) العقد بكسر العين (قوله لبس حلى) يجوز ان يقرأ بصيغة الافراد بفتح
الحاء وسكون اللام وعليه اقتصر الاكمل و بصيغة الجمع بضم الحاء وكسر اللام وتشديد الياء (قوله
و بلبس لؤلؤ عندهما) لان اللؤلؤ الخالص يدخل تحت اسم الحلى قال تعالى وتستخرجون منه حلية
تلبسونها وانما يستخرج من البحر اللؤلؤ الخالص وقال تعالى يحلون فيها من أساور من ذهب ولؤلؤا ولابى
حنيفة ان العادة لم تجر بالتحلى به الا مرصعا بذهب أو فضة والعادة هى المعتبرة فى الايمان وفى الكافى
قولهما أقرب الى عرف ديارنا فيفتى بقولهما لان التحلى به على الانفراد معتاد زيلعى (قوله لا خاتم فضة)
لانه ليس بحلى كامل لان الحلى يستعمل للتزين فقط وهذا يستعمل له ولغيره ولهذا حل للرجال ولو كان
حليا من كل وجه لما حل وذكر فى النهاية ان خاتم الفضة اذا صيغ على هيئة خاتم النساء بان كان ذا فص
يحنث وهو الصحيح زيلعى ورجح فى الفتح عدم الحنث قيد بخاتم الفضة لان الخلخال والدملج والسوار حلى بحر
وكذا القلادة والقرط ولو كان خاتم الفضة مموها بذهب قال فى الدر ينبغى حنثه (قوله على بساط أو حصير)
أراد بذلك كل حائل منفصل عنه ولو من خشب أو جلد ولم أر ما لو جلس على حشيش و ينبغى انه لو كان
كثيرا لا يحنث نهر وفيه تأمل فان الحشيش تبع للارض بدليل انه يطهر بالجفاف اذا تنجس كهى والظاهر
انه ينظر الى العرف فان كان يعد جالسا على الارض يحنث وان كان لا يعد جالسا على الارض بل على
الحشيش لا يحنث حموى (قوله لا يحنث فى جميع الصور) الاولى لوجود حائل بينه و بين الارض ليس
بتابع للحالف فلا يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض بخلاف ما اذا كان الحائل ثيابه لانه تبع له فلا
يصير حائلا ولو خلع ثوبه فبسطه وجلس عليه لا يحنث لارتفاع التبعية الثانية حلف لا ينام على هذا
الفراش فجعل فوقه فراشا آخر فنام عليه فانه لا يحنث لانه مثله والشئ لا يكون تبعا لمثله فتنقطع النسبة
الى الاسفل قيد بكون الفراش مشارا اليه لانه لو نكره فحلف لا ينام على فراش حنث بوضع الفراش على

لانهما اذا كانا فى ملكه يوم حلفه
فهو هدى بالاجماع ومعنى الهدى
التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى
اليها (و) لبس خاتم ذهب أو عقد لؤلؤ)
غير مرصع (لبس حلى) حتى لو حلف
لا يلبس حليا يحنث بلبس خاتم ذهب
عندهم و بلبس لؤلؤ عندهما خلافا
لابى حنيفة وانما قيدنا بغير مرصع
لانه اذا كان مرصعا يحنث اتفاقا
والتقييد باللؤلؤ اتفاقى أو اكثرى
لان عقد الزمرد والزبرجد غير مرصع
على هذا الخلاف (لا) لبس (خاتم
فضة) لو حلف (لا يجلس على الارض
فجلس على بساط أو حصير أو) حلف
(لا ينام على هذا الفراش فجعل
فوقه فراشا آخر فنام عليه) أى على
فراش آخر فوقه (أو) حلف
(لا يجلس على سرير فجعل فوقه
سريرا آخر لا يحنث) فى جميع الصور

الفراش الثالثة حلف لايجلس على سرير فجعل فوقه سريرا آخر هكذا ذكر المصنف وهو مشكل لان هذا الحكم انما هو فيما اذا كان السرير المحلوف عليه معينا كما اذا حلف لايجلس على هذا السرير بحر تبعا للزيلعى ولم يجب و يمكن حمل السرير فى كلامه على المعرف كما وقع ذلك للقدورى فحمله فى الجوهرة على المعرف كما فى الدر أو يقال عدم الحنث بالنسبة للاسفل لانه لم ينم عليه وهذا لافرق فيه بين المنكر والمعين وأما حنثه فى المنكر بالاعلى فبحث آخر نهر (قوله وذكر فى المختلف الخ) أشار به الى ان ماذكره المصنف مخالف لما فى المختلف واشار بقوله قيل المذكور فى المتن قول محمد الى وجه التوفيق لانه اذا حمل ماذكره المصنف من عدم الحنث على انه قول محمد لايخالفه مافى المختلف من انه عند أبى يوسف يحنث (قوله قال أبو يوسف يحنث) حكاه فى النهر بقيل ثم قال الان المذكور فى المحيط عن أبى يوسف فى النوادر انه لايحنث لانهما مقصودان بالنوم عليهما لزيادة اللين انتهى (قوله قيل المذكور فى المتن قول محمد) نقل شيخنا عن السراج ان قول محمد هو الصحيح ونقل السيد الحموى عن ابن الملك ان قول محمد هو المختار (قوله قرام) هو الملاءة در وهو بكسر القاف نهر (قوله حنث) لانه يعد نائما وجالسا عليهما عرفا بخلاف مالو حلف لاينام على ألواح هذا السرير او ألواح هذه السفينة ففرش على ذلك فراش فانه لايحنث لانه لم ينم على الالواح ولو حلف لايمشى على الارض فمشى عليها بنعل او خف اومشى على الحجارة حنث وان مشى على بساط لايحنث (فرع) ان نمت على ثوبك اوفراشك فكذا اعتبرا كثر بدنه (تكميل) ان كان الله يعذب المشركين فامرأته طالق قالوا لاتطلق لان من المشركين من لايعذب تنوير آخر مسائل شتى قبيل كتاب الفرائض وأراد بقوله لان من المشركين من لايعذب أطفالهم فانهم مشركون شرعا كما فى الدر قال وقد اورد هذا اللغز على غير هذا الوجه ابن وهبان فقال

وهل قائل لايدخل النار كافر * ولكنها بالمؤمنين تعمر

ومعناه ان الكفار لما يرون النار يؤمنون بالله تعالى ورسوله ولاينفعهم قال الله تعالى فلم يك ينفعهم ايمانهم لما رأوا بأسنا ولعجز البيت معنى آخر وهو ان عمارها خزنتها القائمون بأمرها وهم مؤمنون الخ

(باب اليمين فى الضرب والقتل وغير ذلك)

كالغسل والكسوة نهر (قوله على الحالين) الموت والحياة در (قوله وما اختص به الحى) وهو كل فعل يلذ و يؤلم و يغم و يسر كشتم وتقبيل در (قوله حتى لوفعل هذه الاشياء بعد الموت لايحنث) لان الضرب ايقاع الالم وبعد الموت لايتصور ومن يعذب فى القبر توضع فيه الحياة على الصحيح وان اختلفوا فى كيفيتها فان قلت ان أيوب عليه السلام أمر ان يضرب امرأته بالضغث وهو غير مؤلم لانه حزمة صغيرة من حشيش اوريحان قلت يجوز ان يكون ذلك مختصا به اكراما له وتخفيفا عليها ولا اشكال على قول من فسره بقبضة من أغصان الشجر والكسوة يراد بها التمليك عند الاطلاق فلا يتحقق فى الميت وان لوتبرع بكفنه أحد ثم أخرجه السيل اوالسباع فهو له لالورثته والكلام للافهام فلا يتحقق فى الميت فان قلت قال عليه السلام لقتلى بدر من المشركين هل وجدتم ماوعد ربكم حقا قلت ردته عائشة رضى الله عنها وقالت قال الله تعالى انك لاتسمع الموتى وما أنت بمسمع من فى القبور ولئن ثبت فهو مختص به عليه السلام ويجوز ان يكون ذلك لوعظ الاحياء لاعلى سبيل الخطاب للموتى والغرض من الدخول اكرامه بتعظيمه اواهانته بتحقيره ولا يتحقق الكل بعد الموت عينى واعلم ان من يعذب فى القبر توضع فيه الحياة بقدر مايحس بالالم والبنية ليست بشرط عند أهل السنة بل تحصل الحياة فى تلك الاجزاء المتفرقة التى لايدركها البصر نهر واحترز العينى بقوله على الصحيح عن قول أبى الحسن الصالحى فان عنده يعذب الميت من غير حياة اذ الحياة عنده ليست بشرط كما فى النهاية واعلم ان كون الميت لايملك منقوض بما قالوه لونصب شبكة فتعلق بها صيد بعد

وذكر فى المختلف لوحلف لاينام على هذا الفراش فجعل فوقه فراشا آخر اوحلف لايجلس على سرير فجعل فوقه سريرا آخر ونام عليه قال أبو يوسف يحنث قيل المذكور فى المتن قول محمد (ولو جعل فوق الفراش) فيما اذا حلف لاينام (على هذا الفراش (قرام) وهو ستر فيه رقم ونقوش يبسط على الفراش وكذلك القرم والقرمة (أو على) السرير بساط أوحصير) فيما اذا حلف لايجلس على هذا السرير فنام أوجلس عليه (حنث)

(باب اليمين فى الضرب والقتل وغير ذلك)

والاصل ان ما شارك الميت فيه الحى فاليمين وقعت على الحالين وما اختص به الحى تتقيد بالحياة فعلى هذا لوقال (ان ضربتك وكلمتك وكسوتك) أى ملكتك (ودخلت عليك) وقال لامرأته ان وطئتك أو قبلتك فعبدى حر (تقيد بالحياة) حتى لوفعل هذه الاشياء بعد الموت لايحنث

موته ملكه كما فى النهر وقول العينى قلت ردته عائشة أى ردت ان الخطاب فى الحديث لاسماع الموتى وافهامهم فيكان وعظا للاحياء والا فالحديث ثابت فى صحيح البخارى شيخنا وقوله ولئن ثبت الخ أى ان ثبت كون الخطاب فى الحديث لاسماعهم وافهامهم فهو مختص به صلى الله عليه وسلم فيكون معجزة له عليه السلام والقبضة بالضم ماقبضت عليه من شئ يقال أعطاه قبضة من سويق اوتمر أى كفا منه وربما جاء بالفتح كما فى مختار الصحاح وقوله والكسوة يراد بها التمليك الخ الا ان ينوى بها الستر (قوله بخلاف الغسل والحمل والمس) لان هذه الاشياء تتحقق فى الميت كما تتحقق فى الحى لان الغسل هو الاسالة والمقصود منه التطهير والميت يطهر بالغسل الاترى انه لوحمله رجل قبل الغسل وصلى لايجوز و بعده يجوز وكذا لوصلى عليه قبل الغسل لايجوز فلا ينافيه الموت وكيف ينافيه وغسله واجب على الاحياء والحمل يتحقق بعد الموت قال عليه السلام من حمل ميتا فليتوضأ والمس للتعظيم اوالشفقة فيتحقق بعد الموت زيلعى (قوله لايضرب امرأته الخ) ولا يشترط القصد فى الضرب لما فى عمدة الفتاوى حلف لايضرب امرأته فضرب أمته واصاب رأس امرأته يحنث انتهى وقيل انه لايحنث لانه لايتعارف والزوج لايقصد بيمينه وهكذا ذكر البقالى فى فتاواه وهو الاظهر والاشبه بحر (فرع) رجل حلف ليضربن عبده بالسياط حتى يموت فضربه ضربا عنيفا اوبالغ بر فى يمينه لان هذا للمبالغة فى الضرب وكذا لوقال لها ان لم اكسر عظامك تحت جلدك فهو على الضرب الشديد كما فى القنية ولو قال حتى يبول او يبكى او يستغيث فما لم توجد حقيقة هذه الاشياء لايبر لان هذا يقع على الامرين جميعا حموى عن شرح ابن الحلبى وقوله لان هذا يقع على الامرين يعنى المبالغة والحقيقة بخلاف الاول فانه للمبالغة فقط وكذا ليضربنه اوليقتلنه ألف مرة فهو على الكثرة والمبالغة كحلفه ليضربنه حتى يتركه لاحيا ولاميتا بخلاف حتى يغشى عليه فانه على الحقيقة تنوير وشرحه (قوله فمد شعرها الخ) لان الضرب اسم لفعل مؤلم وقد تحقق زيلعى ومقتضاه انه يحنث أيضا لو رماها بحجر اونشابة فأصابها لكن المصرح به عدم الحنث وهو مشكل لان اليمين ان تعلقت بصورة الضرب وجب ان لايحنث بالخنق ونحوه وان تعلقت به معنى لاصورة وجب ان يحنث بالرمى أيضا وان تعلقت بالصورة والمعنى وجب ان يحنث بالضرب مع الايلام ممازحة هذا حاصل ماذكره فى النهر من الاشكال وانما لم أذكر جوابه لكونه غير دافع كما فى الفتح اذا علمت هذا ظهر ان القول بالحنث فى مد الشعر ونحوه مطلقا باعتبار تعلق اليمين بالصورة والمعنى لاغبار عليه ولهذا والله اعلم جزم فى الدر بالحنث ولو ممازحا خلافا لما صححه فى الخلاصة انتهى (قوله ولو كانت فى حال الملاعبة الخ) هو الصحيح كما فى الخلاصة عن الجامع الصغير ولو نتف شعرها فهو على هذا التفصيل هو الصحيح وعن هذا قال فخر الاسلام لو أدماها فى الملاعبة خطأ لايحنث نهر (قوله وقيل اذا كانت يمينه بالفارسية لايحنث) لانها بلسان الفارسية لاتسمى ضربا حموى عن الظهيرية (قوله ان علم به حنث) لانه عقد يمينه على حياة يحدثها الله فيه وذلك متصور فتنعقد اتفاقا ثم يحنث للعجز العادى نهر (قوله والا لايحنث) لانه عقد يمينه على ازالة الحياة القائمة فيه ولا حياة قائمة فيصير قياس مسئلة الكوز على الاختلاف وليس فى تلك المسئلة تفصيل العلم وهو الاصح ولو حلف لايقتل فلانا يوم الجمعة فجرحه يوم الخميس ومات يوم الجمعة حنث وكذا لوحلف لايقتله بالكوفة فضربه فى الوادى ومات بالكوفة اذ المعتبر زمان الموت ومكانه بشرط ان يوجد ذلك بعد اليمين نهر عن الظهيرية أى بشرط ان يكون الضرب والجرح بعد اليمين فان كان قبل اليمين فلا حنث أصلا لان اليمين تقتضى شرطا فى المستقبل لافى الماضى بحر عن الظهيرية وفيها ان لم تأتنى حتى أضربك فهو على الاتيان ضربه اولا ان رأيته لاضربنه فهو على التراخى مالم ينو الفور ان رأيتك فلم اضربك فرآه الحالف وهو مريض لايقدر على الضرب حنث ان لقيتك فلم اضربك فرآه من قدر ميل لم يحنث در عن البحر (قوله مادون الشهر قريب) والسريع كالقريب والآجل كالبعيد وهذا عند عدم النية فأما ان نوى بقوله الى قريب او بعيد مدة معينة فهو على مانوى حتى لو نوى سنة او اكثر فى القريب صحت وكذا الى آخر الدنيا لانها قريبة

(بخلاف الغسل والحمل والمس) بان قال ان غسلتك او حملتك أو مسستك فهو حر وكذا البستك فانها لاتتقيد بالحياة حتى لوفعل بعد الموت يحنث و يعتق لوحلف (لايضرب امرأته فمد شعرها أوخنقها أوعضها) أو أوجأها وهو ضرب باليد أو بالسكين أو قرصها (حنث) وقال الشافعى لايحنث وبه قال بعض مشايخنا ثم قالوا هذا اذا كانت الافعال فى حال الغضب ولو كانت فى حال الملاعبة لايحنث وقيل اذا كانت يمينه بالفارسية لايحنث بهذه الافعال لوحلف (ان لم اقتل فلانا فكذا) أى فامرأتى طالق مثلا (وهو ميت) ينظر (ان علم) الحالف (به) أى بموته (حنث والالا) يحنث عندهما وعند أبى يوسف يحنث (مادون الشهر قريب) حتى لوحلف ليقضين دينه الى قريب

بالنسبة الى الآخرة كذا فى الفتح قال فى البحر و ينبغى ان لا يصدق قضاء لانه خلاف العرف الظاهر ولو
حلف لا يكلمه مليا اوطويلا ان نوى شيئا فذاك والا فعلى شهر ويوم بحر عن الظهيرية وفى النهر عن
السراج على شهر وكذا كذا يوما احد عشر وبالواو احد وعشرون وبضعة عشر ثلاثة عشر تنوير وشرحه
لكن لم أجد ذلك فى النهر والذى وجدته فيه هو قوله وفى الظهيرية لا يكلمه مليا أوطويلا فان نوى شيئا
كان على مانوى والا فهو على شهر ويوم انتهى (تتمة) أول الشهر قبل مضى النصف وغرة الشهر الليلة
الاولى مع اليوم الاول عرفا اما لغة فثلاثة ايام والسلخ لغة من الثامن والعشرين الى الآخر وعرفا من التاسع
والعشرين ورأس الشهر رأس الهلال واذا أهل الهلال ولا نية له فعلى الليلة التى يهل بها و يومها وان نوى
الساعة التى يهل فيها يصدق لانه تغليظ عليه وآخر اول الشهر واول آخره الخامس عشر والسادس عشر
وقريبا من سنة فعلى نصفها والى صفر لا يدخل اوله على المفتى به (قوله فان قضاه فيما دون الشهر لم يحنث)
ولو غاب المحلوف عليه ودفع الحالف الى القاضى بر هو المختار للفتوى وفى منية المفتى وكذا لو نصب القاضى
وكيلا عنه فقبض لا يحنث وبه يفتى وفيها قال له ان لم أوافك به اليوم فى موضع كذا فجاء به فلم يجده فالمختار
انه يرفع الامر الى القاضى حتى لا يحنث وان كان فى موضع لا قاضى له يحنث وبه يفتى ولو كان حاضرا لكنه
لم يقبل ان وضعه بحيث تناله يده لو أراد لا يحنث نهر قلت فلو خشى ان يطمع فى المال القلة دينه كقضاة
زماننا هل يحنث بعدم الدفع أو يكون هذا عذرا فليحرر حموى واعلم ان ماسبق من قوله فى منية المفتى
وكذا لو نصب القاضى وكيلا عنه الخ هى أحدى المسائل الخمس المستثناة من قولهم ان القضاء على المسخر
لا يجوز الا للضرورة بناء على ماهو المعتمد كما فى البحر احداها اذا توارى الخصم فالقاضى يرسل امينا ينادى
على باب داره ثلاثة أيام ثم ينصب عنه وكيلا للدعوى وهو قول أبى يوسف استحسنه وعمل به ونقل فى
شرح التنوير عن شراح الوهبانية بالعز والى أدب القاضى انه قول لكل وان القاضى يختم مدة يراها ثم
ينصب الوكيل الثانية اشترى بالخيار فأراد الرد فى المدة فغاب البائع الثالثة كفل بنفسه على انه ان لم يوافه
به غدا فدينه على الكفيل فتوارى المكفول له الرابعة حلف ليوفينه اليوم فتغيب الداين الخامسة جعل
أمرها بيدها ان لم تصل نفقتها فتغيبت أى النفقة والحاصل ان الخصم شرط لقبول البينة اذا أراد المدعى
ان يأخذ من يد الخصم الغائب شيئا اما اذا أراد أن يأخذ حقه من ثمن مال كان للغائب فى يده لا يشترط
حضرة الخصم فلا يحتاج القاضى الى نصب الوكيل كذا فى منية المفتى واعلم ان نصب المسخر فى هذه المسائل
فرع قولهم ولا يقضى على غائب لم ينتصب عنه خصم حاضر وأما على ماذكره فى الدرر من ان القضاء على
الغائب ينفذ فى اظهر الروايتين عن الامام فلا حاجة اليه (قوله فهو على الشهر ومافوقه) سنة أو أكثر بلا
غاية محدودة الى الموت (قوله لان الزيف ما يرده بيت المال) وقيل ماضرب من الدراهم فى غير دار الضرب
أوفى غير دار السلطان حموى (قوله والنبهرجة مايرده التجار) يعنى المستقصى منهم والمسهل منهم
يقبلها نهر (قوله مستحقة) بفتح الحاء وهى التى استحقها مستحق بعد القضاء حموى (قوله بر فى يمينه)
لان الزيف دراهم حقيقة غيران فيه عيبا وهو لا يعدم الجنسية ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا وكذلك
النبهرجة وقبض المستحق صحيح حتى لو أجازه المستحق فى الصرف والسلم بعد الافتراق جاز وعند مالك
يحنث فى جميع ذلك عينى وهذه المسئلة احدى المسائل الخمس التى جعلوا الزيوف فيها كالجياد والثانية
والثالثة لو اشترى بالجياد ونقد الزيوف رابح بالجياد وأخذ الشفيع بها الرابعة لو نقد الوكيل يعنى بعد ما اشترى
بالجياد نقد زيوفا رجع بالجياد الخامسة لو ظهر ان ما قبضه من دينه وصرفه زيوف لعدم علمه بها وقت
القبض لا يرجع بشئ عندهما خلافا للثانى نهر فعند أبى يوسف يرد عليه مثل المقبوض ويرجع بالجياد
(قوله ستوقة) بفتح السين المهملة وتشديد التاء حموى (قوله لا يبر) لانهما ليسا من جنس الدراهم ولو
تجوز بهما فى الصرف والسلم لا يجوز عينى (قوله ما كان الصفر أو النحاس هو الغالب الاكثر) قيد به
لانه لو كان الاكثر فضة والاقل ستوقة لا يحنث لان العبرة للغالب (قوله لم تؤخذ) أى بلا رضا آخذها

(قوله

فان قضاه فيما دون الشهر لم يحنث فان
قضاه بعد مضى الشهر يحنث (وهو)
اى الشهر (ومافوقه بعيد) حتى لو
حلف ليقضين دينه الى بعيد فهو على
الشهر وما فوقه لو حلف (ليقضين
دينه اليوم فقضاه) ثم وجد المال
(زيوفا) زافت عليه الدراهم أى صارت
مردودة عليه لغش فيها وقيل هو مادون
النبهرجة فى الرداءة لان الزيف مايرده
بيت المال والنبهرجة مايرده التجار
(أو نبهرجة أو مستحقة بر) فى يمينه
(ولو) قضاه (رصاصا أو ستوقة لا) يبر
الستوقة بالفتح اردأ من النبهرجة
وعن الكرخى الستوقة عندهم
ما كان الصفر أو النحاس هو الغالب
الاكثر وفى الرسالة اليوسفية النبهرجة
اذا غلبها النحاس لم تؤخذ واما الستوقة

(قوله فحرام أخذها) بلا رضاه وعليه ان يتقى الله اذا رضى بأخذها فلا يعطيها الغيره بلا بيان شيخنا
(قوله والبيع به قضاء) أى البيع الصحيح لان قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بالبيع سواء
كان معه قبض اولا واشتراط محمد له كانه ليتقرر به كذا فى الهداية يعنى لانه بعرضية السقوط بالهلاك
قبل القبض وربما ان البر لا يرتفع بانتقاض المقاصة بالهلاك نعم هو فى الفاسد شرط فيبر به حيث كانت
ثمنيته تفى بالدين وشمل اطلاقه ما اذا كان المبيع غير مملوك كما لو كان وكيلا فى البيع وأراد بالبيع كل موضع
حصلت المقاصة فيه لا خصوصه ومن ثم قالوا لو تزوج الطالب أمة المطلوب ودخل بها أو وجب عليه دين
بالاستهلاك أو بالجناية يبر أيضا نهر والتقييد بالدخول فى جانب التزوج وقع اتفاقا فان قلت قيد به ليتقرر
عليه كل الصداق لان نصفه بعرضية السقوط بالطلاق قبل الدخول قلت ان البر لا ينتقض بانتقاض
المقاصة فى نصفه على قياس ماسبق فى انتقاض المقاصة بالثمن بهلاك المبيع قبل القبض والحاصل انى لم
أر فيه شيئا سوى ماذكره فى البحر من ان التقييد بالقبض أى قبض المبيع فى جانب البيع وقع اتفاقا لا انه
شرط للبر حتى لو هلك المبيع لا يرتفع البر المحقق ببطلان الثمن اه فليكن التقييد بالدخول فى جانب التزوج
اتفاقيا أيضا فان قلت لم اطلق الثمنية فى البيع الصحيح ولم يقيد بكونها تفى بالدين كما قيد بذلك فى الفاسد
قلت هذا وجهه ظاهر هو ان الواجب فى البيع الصحيح ماسمى من الثمن مطلقا سواء كان فيه وفاء بالقيمة أم لا
بخلاف الفاسد فان الواجب فيه القيمة فلهذا اعتبر فى جانبه كون الثمنية تفى بالدين (قوله لا يكون قضاء
فيحنث) كذا فى الاختيار وفيه نظر لان اليمين لما كانت موقتة باليوم وقد وهب له قبل مضى اليوم فقد عجز
عن تحقيق البر قبل مجئ وقت الحنث وهو آخر اليوم فتبطل اليمين عند الامام ومحمد كما لو قال ان لم أشرب
الماء الذى فى الكوز اليوم فعبده حر فصب الماء قبل مضى اليوم فان اليمين تبطل عندهما وهذا الغلط
سرى لهما من سوء فهم عبارة الهداية فان قوله فى الهداية لم يبر ليس معناه انه حانث بل عبارة الهداية ساكتة
عن الحنث فلا يحمل عليه بل المراد لم يبر ولم يحنث أيضا لفوات المحلوف عليه وهو الدين وهذا لان قوله لم
يبر اعم من قوله يحنث ومن قوله تبطل اليمين فيحمل على الثانى تصحيحا لكلامه ولو لم يقيد باليوم يستقيم كما
فى مسئلة الكوز وقال الشهاب قول مسكين وحنث انما يستقيم على قول أبى يوسف لا على قولهما حموى
وضمير التثنية فى قوله وهذا الغلط سرى لهما للشارح وصاحب الاختيار اذ لا يصح نسبة الغلط للمصنف لان
نفى القضاء فى جانب الهبة صحيح ولا يلزم منه ثبوت حنثه بل يحمل على عدم الحنث لبطلان اليمين تصحيحا
لكلامه بقى أن ماسبق من قوله ولو لم يقيد باليوم يستقيم كما فى مسئلة الكوز يشير الى ماذكره فى الشرنبلالية
من ان اليمين اذا كانت مطلقة فلا شك انه يحنث بالاتفاق لان التصور لا يشترط بقاؤه فى اليمين المطلقة بل
فى الابتداء وحين حلف كان الدين قائما وكان تصور البر ثابتا فانعقدت ثم حنث بعد مضى زمن يقدر فيه
على القضاء باليأس من البر بالهبة انتهى ثم رأيت فى القهستانى مانصه وقيل ان لفظ اليوم فى التصوير سهو
ويدل عليه انه لم يذكر فى كتب محمد انتهى (قوله حتى يقبض كله متفرقا) لان شرط حنثه قبض الكل
بوصف التفريق لانه أضاف القبض الى دين معرف بالاضافة اليه فيتناوله كله فما دام عند المديون شئ
من دينه باقيا لم يحنث لعدم قبض الكل وهو الشرط ولو قال ان قبضت من دينى درهما دون درهم حنث
وكذا اذا قال ان أخذت منه درهما دون درهم والفرق أن شرط الحنث هنا قبض البعض متفرقا وفى
الاول قبض الكل بصفة التفريق ولو قبض الكل جملة ثم وجد بعضها ستوقة فرد لم يحنث بالرد ما لم يستبدل
لان الستوقة غير معتد بها فلم يوجد قبض الكل حتى يقبض البدل فاذا قبضه وجد قبض الكل متفرقا
بخلاف ما اذا وجد بعضها زيوفا حيث لا يحنث مطلقا لانه بر حين وجد قبض الكل وبالرد لم ينتقض القبض
فى حقه على مامر زيلعى والحيلة فى عدم حنثه فى مسئلة الكتاب ان يترك من حقه درهما و يأخذ الباقى
حيث شاء نهر عن الظهيرية (قوله فى وزنتين) أو أكثر لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة فيصير
هذا القدر مستثنى عنها ولان هذا القدر من التفريق لا يسمى تفريقا عادة والعادة هى المعتبرة زيلعى

فحرام أخذها الا انها اولوس وقيل هو
زيوف سه توقه كذا فى المغرب
(والبيع به قضاء لا الهبة) حتى لو حلف
ليقضين دينه اليوم فباع بالدين عبدا
من الداين وقبضه وبر فى يمينه ولو
حلف ليقضين دينه اليوم فوهبه
الداين الدين لا يكون قضاء فيحنث لو حلف
(لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض
بعضه) أى بعض الدين (لا يحنث
حتى يقبض كله متفرقا) بتفريق
اختيارى بان قبض بعضه فى اول
النهار وبعضه فى آخره (لا بتفريق
ضرورى) بان قبض دينه فى وزنتين

وأشار بقوله أو اكثر الى ان المراد بالوزنتين تعدد الوزنات لاخصوص الوزنتين (قوله ولم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن الخ) لان المجلس جامع للمتفرقات فكانت كوزنة واحدة بخلاف مالو تشاغل لان به يختلف مجلس القبض على ماعرف نهر (قوله أو غير مائة درهم) اقحم الشارح مائة درهم اشارة الى ان المصنف حذف المضاف اليه و بنى المضاف على الضم حموى (قوله سواء ملكها بتمامها أو بعضها) لان غرضه نفى مازاد على المائة فكان شرط حنثه ملك الزيادة على المائة زيلعى و يشترط فى الزيادة ان تكون من جنس مال الزكاة كالدنانير وعروض التجارة والسوائم وفى خزانة الاكمل امرأته كذا ان كان له مال وله عروض وضياع ودور لغير التجارة لم يحنث نهر (قوله تركه أبدا) لان الفعل يقتضى مصدرا منكرا والنكرة فى النفى تعم ومافى شرح المجمع من أنه اذا قال لا يفعل كذا تركه أبدا الا ان اليمين لاتنحل بفعله سهو بل تنحل فاذا حنث بفعله لم يحنث بفعله ثانيا الا فى كلما بحر ودرقال فى البحر وقدمنا انه لو قال والله أفعل كذا انها يمين النفى وتكون لامقدرة لانه لايجوز حذف نون التوكيد ولامه فى الاثبات انتهى وقدمنا عن صدر الشريعة ان كلامه يقتضى عدم اشتراط الاتيان بنون التوكيد ولامه فى الاثبات وكذا كلام الدرر والقهستانى وعليه فلا تكون لامقدرة وتكون اليمين على الاثبات وفى البحر عن الواقعات ان فعلت كذا مادمت ببخارى فامرأته طالق فخرج من بخارى ثم رجع ففعل لايحنث لانه انتهى اليمين الخ (قوله بر بمرة) فيه ان كلمة مرة لازمة النصب إما على الظرفية أو على المصدرية وحينئذ فكان الصواب ان يقال بر بالفعل مرة وعن أبى البقاء المرة فى الاصل مصدر مر يمر ثم استعمل ظرفا اتساعا وهذا يدل على قوة شبه الزمان بالفعل انتهى حموى وجه البر بالفعل مرة ان النكرة فى الاثبات تخص والواحد هو المتيقن ولو قيدها بوقت فمضى قبل الفعل حنث ان بقى الامكان والا بان وقع اليأس بموته أو بفوت المحل بطلت يمينه كما مر فى مسئلة الكوز و يأتى فيه خلاف ابى يوسف فى فوت المحل زيلعى وقوله بان وقع اليأس الخ أى قبل مضى الوقت كما يدل عليه السياق (فـرع) حلف بالطلاق لا ينقل أهله الى بلد كذا فرفع الامر الى القاضى أو الى الوالى فبعث رجلا باذنه فنقل اهله لم يحنث لانه لم يصر امامورين برفع الامر اليهما انتهى حموى عن الغزى (قوله بكل داعر خبيث مفسد يعرفه) ينبغى ان يقيد بان يعرفه فى بلده حتى لو عرفه فى غير بلده لا يلزمه ان يحمله اليه كما هو مقتضى الاطلاق وداعر بمهملتين و جمعه دعار من الدعر وهو الفساد نهر (قوله تقيد الحلف بقيام ولايته) فيلزمه ان لا يؤخر الاعلام الى مابعد موت الوالى أو المستحلف لانه لايحنث فى المطلقة الا باليأس وذلك بما ذكرنا الا اذا كانت موقتة فيحنث بمضى الوقت مع الامكان قال فى الفتح ولو حكم بانعقاد هذه للفور لم يبعد نظرا الى المقصود وهو المبادرة لزجره ودفع شره نهر (قوله وازوال بالموت أو العزل) لان المقصود منه دفع شره وشر غيره بالضرب والحبس أو القتل فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته لعدم قدرته على ذلك زيلعى ثم اذا سقطت اليمين لا تعود ولو عاد الى الولاية نعم لو ترقى من غير تخلل عزل الى منصب اعلى من الاول يجب ان لا يتردد فى بقاء اليمين لزيادة تمكنه نهر (قوله وعن أبى يوسف انه يجب الرفع اليه بعد العزل) وعن هذه الرواية احترز الشارح بقوله او بالعزل فى ظاهر الرواية ووجهها ان اعلامه بعد عزله مفيد لاحتمال ان يولى فيؤدبه او يسعى فى تأديبه عند أولى الامر زيلعى ومافى العينى من قوله وعن ابى يوسف يبطل الرفع بعزله لا بموته صوابه بموته لا بعزله واعلم ان نسخ المتن اختلفت فوقع فى بعضها ليعلمنه بكل داعر دخل البلد وعلى هذه النسخة شرح صاحب النهر وفى البعض لم يذكر قوله دخل البلد وعلى هذه النسخة شرح الشارح والعينى والزيلعى ولهذا قال الزيلعى وقوله ليعلمنه بكل داعر ليس على ظاهره لانه لا يمكنه ان يعلم بكل داعر فى الدنيا وانما مراده كل داعر يعرفه أو فى بلده أو دخل البلد انتهى (قوله حتى لو حلف ان يهب عبده لفلان فوهبه له ولم يقبل لم يحنث الخ) فيه خلل ظاهر والصواب أن يقال بعد قوله فوهبه له ولم يقبل بر وان حلف ان لا يهب فوهبه له ولم يقبل لم يحنث اجماعا ان كان الخ دل عليه كلام ابن الملك فى شرح المجمع

ولم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن فانه لم يحنث عندنا خلافا لزفر ولو حلف (ان كان لى الا مائة) درهم (أو غير) مائة درهم (فكذا) (أو سوى) مائة درهم مثلا (لم يحنث) سواء (ملكها) بتمامها (أو بعضها) وكذا اذا لم يملك الا خمسين لو حلف (لا يفعل كذا تركه ابدا) ولو حلف (ليفعلنه بر) فى يمينه (بمرة) فعله (ولو حلفه وال ليعلمنه) اى الحالف الوالى (بكل داعر) خبيث مفسد يعرفه (تقيد) الحلف (بقيام ولايته) اى ولاية الوالى الحالف والزوال بالموت أو العزل فى ظاهر الرواية وعن أبى يوسف انه يجب الرفع اليه بعد العزل (بر بالهبة بلا قبول) حتى لو حلف ان يهب عبده لفلان فوهبه له ولم يقبل لم يحنث اجماعا

ووجه

ووجه الظهور ان قوله وان كان حاضرا حنث استحسانا وقال زفر الخ انما هو فى صورة الحلف على النفى لا على الاثبات شيخنا وذكر السيد الحموى ان قوله حتى لو حلف ان يهب عبده لعله ان لا يهب كما فى الكافى انتهى (قوله ان كان الموهوب له غائبا) لان حضرة الموهوب له شرط حنثه (قوله وعلى هذا العارية الخ) والعطية والعمرى والاقرار والهدية والاصل ان اسم عقد المعاوضة كالبيع والاجارة والصرف والسلم والنكاح والرهن والخلع بازاء الايجاب والقبول معا وفى عقول التبرعات بازاء الايجاب فقط والاشبه ان يلحق الابراء بالهبة لعدم العوض والقرض بالبيع ولا يعلم خلاف أن الاستقراض كالهبة بحر عن الفتح (قوله بخلاف البيع) لانه تمليك من الجانبين فلا يتم الا بهما اما الهبة فتمليك بلا عوض فتتم بالواهب عينى (قوله لا يشم ريحانا الخ) بفتح الياء والشين مضارع شممت الطيب بكسر الميم فى الماضى وجاء فى لغة فتح الميم فى الماضى وضمها فى المضارع نهر اعلم ان الشم ينعقد على الشم المقصود فلو حلف لا يشم طيبا فوجد ريحه لم يحنث ولو وصلت الى دماغه بحر عن الفتح (قوله هو اسم لماله رائحة طيبة ولا ساق له) حكاه فى البحر بقيل ونصه الريحان عند الفقهاء ماساقه رائحة طيبة كما لورقه وقيل فى عرف أهل العراق اسم لما لا ساق له من البقول مماله رائحة مستلذة وقيل اسم لما ليس له شجر وعلى كل فليس الورد والياسمين منه وان كان فى اللغة اسما لكل ماطاب ريحه من النبات واقتصر البرجندى على ماذكره فى البحر أولا ولم يحك خلافه واثبت فى النهر الساق للريحان غير انه ذكر انه لا رائحة له مستلذة انما الرائحة للزهر أى الورق واستشكله السيد الحموى بانه مخالف للبرجندى وانما اشكل عليه ذلك لانه لم يقف على ماذكره فى البحر من اختلاف الفقهاء فى الريحان اى فى أن المراد منه عند الاطلاق ماله ساق أو ما لا ساق له قال فى النهر عن الفتح والذى يعول عليه فى ديارنا اختصاصه بريحان الحماحم وأما الريحان الترنجى فيمكن ان لا يكون منه لانهم يلزمونه التقييد فيقال ريحان ترنجى وعند الاطلاق لا يفهم منه الا الاول فلا يحنث الا به انتهى (قوله لا يحنث بشم ورد وياسمين) لان اسم الريحان عرفا لا يشملهما وسين الياسمين مكسورة حموى (قوله قال فى الجامع الصغير البنفسج يقع على الدهن) كذا فى الزيلعى عن المبسوط معللا بان اسم البنفسج اذا أطلق يراد به الدهن و يسمى بائعه بائع البنفسج وذكر الكرخى انه لو اشترى الورق يحنث أيضا وهذا شئ يبتنى على العرف وفى عرف أهل الكوفة بائع الورق لا يسمى بائع البنفسج وانما يسمى به بائع الدهن فبنى الجواب فى الكتاب على ذلك ثم شاهد الكرخى عرف أهل بغداد انهم يسمون بائع الورق بائع البنفسج أيضا فقال يحنث به ولا يقال فى احدهما حقيقة والاخر مجاز بل فيهما حقيقة أو يحنث فيهما باعتبار عموم المجاز والياسمين قياس الورد لا يتناول الدهن لان دهنه يسمى زنبقا لا ياسمينا وكذا الحناء يتناول الورق هذا اذا لم يكن له نية وقال فى الكافى الحناء فى عرفنا يقع على المدقوق زيلعى قال السيد الحموى وهو أى وقوع الحناء على المدقوق عرف أهل مصر وماذكره الزيلعى من أن دهن الياسمين يسمى زنبقا تعقبه العينى بانه غير صحيح لان الزنبق اسم لزهر مشهور فى أرض الشام منه كثير وهو ورق أبيض واصفر على غصن له رائحة زكية يعمل منه الدهن و يسمى دهن الزنبق انتهى (قوله وأجاز بالقول حنث) ومافى جامع الفصولين الاصح انه لا يحنث بالاجازة بالقول أيضا غريب نهر (قوله بان بعث اليها مهرها) بشرط ان يصل اليها وقيل الوصول ليس بشرط وتقبيلها بشهوة وجماعها وان كرها ومنه مالو أجاز بالكتابة لما فى الجامع حلف لا يكلم فلانا أو لا يقول له شيئا فكتب اليه كتابا لا يحنث وذكر ابن سماعة انه يحنث وقد تعارف الموثقون صورة تعليق متى تزوج عليها بنفسه أو بوكيله أو بفضولى تكون زوجته اذ ذاك طالقا فاذا زوجه فضولى وأجازه بالفعل قال فى البحر لا يقع عليه الطلاق لان قوله أو بفضولى عطف على قوله بنفسه والعامل فيه تزوج وهو مخصوص بالقول كما مر فلو زاد أو دخلت فى نكاحه أو فى عصمته فالحكم كذلك لما قدمناه من أن الدخول ليس له الا سبب واحد وهو التزوج وهو لا يكون الا بالقول اقول ولو زاد أو بطريق من الطرق او بوجه من الوجوه ينبغى أيضا ان يكون الحكم كذلك لان ذلك

ان كان الموهوب له غائبا وان كان حاضرا حنث استحسانا وقال زفر فى قول لا يحنث مالم يقبل وفى قول مالم يقبل ويقبض وعلى هذا العارية والصدقة والاقرار والوصية (بخلاف البيع) أى بخلاف مالو حلف ان يبيع عبده من فلان فقال له بعت عبدى منك فلم يقبل لم يبر حلف (لا يشم ريحانا) هو اسم لماله رائحة طيبة ولا ساق له لغة وعرفنا (لا يحنث بشم ورد وياسمين والبنفسج والورد) يقعان (على الورق) فى عرفنا فلو حلف لا يشترى بنفسجا أو وردا يقع على الورق قال فى الجامع الصغير البنفسج يقع على الدهن (حلف لا يتزوج فزوجه فضولى واجاز بالقول حنث وبالفعل) بان بعث اليها مهرها كله أو بعضه

معطوف على قوله بنفسه والعامل فيه تزوج نعم لو زاد أواجاز نكاح فضولى ولو بالفعل فلا مخلص له الا اذا كان المعلق طلاق المتزوجة فيرفع الامر الى شافعى ليفسخ اليمين المضافة وقدمنا ان الانشاء فى ذلك كاف نهر (قوله والاعارة) الا اذا استعارها لوليمة لان المراد به المسكن فدخل ما سكنه باى سبب باعتبار عموم المجاز ومعناه ان يكون محل الحقيقة فردا من افراد المجاز لا باعتبار الجمع بين الحقيقة والمجاز قيدنا بان يكون مسكنه لانه لو لم يكن ساكنا وهى ملكه لا يحنث الا أن يدل الدليل على دار الغلة بحر وفى الشرنبلالية ما يخالفه فقد نقل عن الخانية ما نصه وان دخل دارا مملوكة لفلان وهو لا يسكنها حنث انتهى ومثله فى مختصر الظهيرية ثم قال وفى الخانية حلف ان لا يدخل دار فلان فاجر فلان داره فدخلها الحالف قيل يحنث وقيل لا قالوا ماذكر من انه لا يحنث قول أبى حنيفة وابى يوسف لان عندهما كما تبطل الاضافة بالبيع تبطل بالاجارة والتسليم وملك اليد للغير ثم قال ولو دخل دارا مملوكة لفلان وساكنها غيره حنث أيضا قيل هذا قول محمد اما على قول أبى حنيفة وأبى يوسف لا يحنث انتهى فهذا يفيد ان الدار اذا لم يكن مالكها ساكنها ولا غيره فالنسبة باقية فيحنث الحالف واما اذا اسكنها غيره فقد علمت الاختلاف على قول محمد يحنث وعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف لا يحنث الخ وقوله وملك اليد للغير بالرفع ولا يصح جره عطفا على ما قبله وكان الاولى ذكره على وجه التعليل بان يقول لان ملك اليد للغير اذ هو لا يضاح ماذكره من ان الاضافة تبطل بالاجارة والتسليم أى بالاجارة والتسليم بطلت اضافة الدار اليه لان ملك اليد لغيره (قوله سواء كانت بملك) اطلقه فعم الملك المشترك لان جميع الدار تضاف اليه بعضها بالملك وكلها بالسكنى ولا بد وان تكون سكناه لا بطريق التبعية فلو حلف لا يدخل دار فلانة فدخل دارها وزوجها ساكن فيها لا يحنث لان الدار تنسب الى الساكن والساكن هو الزوج بحر عن الواقعات ومثله فى النهر والاختيار فان قلت قوله ولا بد وان تكون سكناه لا بطريق التبعية يناقض ما سبق فى النهر فى بحث الدخول حيث قال ولا فرق فى المساكنة بين كونها تبعا أو لا حتى لو حلف لا يدخل دار أمه او ابنته وهى تسكن مع زوجها حنث بالدخول كما فى الخانية انتهى قلت لا مناقضة لان الملك فى الدار المحلوف عليها هنا للمرأة وقد صارت تابعة لزوجها فى سكناها فانقطعت نسبة السكنى اليها اصالة وفيما قدمه عن الخانية الملك فى الدار المحلوف عليها المضافة الى أمه أو ابنته لزوج الام أو البنت صرح بذلك فيها وفى البحر عنها فلكون الدار فى مسئلة الخانية ملكا للغير من اضيفت اليه حنث بدخولها وان تبعته فى السكنى ولكونها مالكة فى مسئلة الواقعات اشترطوا للحنث بدخولها ان تكون سكناها بطريق الاصالة لا التبعية فلم يكونا متحدين لاختلاف موضوعهما وقد ذكرهما قاضيخان قبل مسئلة دار أمه أو ابنته بصفحة الا يسيرا ما زيدنا وضوحا فقال رجل حلف لا يدخل دار فلان فدخل دار فلان وفلان ساكن فيها مع امرأته والدار للمرأة حنث وكذا لو حلف لا ادخل دار فلانة وهى فى دار زوجها تسكن معه كان حانثا انتهى وهذا مفهوم ما فى الواقعات ونظير مسئلة الام والبنت كذا حرره شيخنا (قوله حكم القاضى على افلاسه) صوابه باولاسه حموى (قوله لم يحنث) لان الدين مال بالنظر الى المال حتى وجب فيه الزكاة ووصف بالنظر الى الحال لانه عبارة عن شغل الذمة وانه ليس بمال فالحنث يلزمه بالنظر الى المال ولا يلزمه بالنظر الى الحال فلا يحنث بالشك حموى عن باكير (فرع) حلف لا يأكل من مال فلان فتناهدا واكل الحالف لا يحنث لان كلا منهما اكل من مال نفسه نهر عن الخلاصة يقال تناهد القوم مناهدة أخرج كل منهم نفقة ليشتروا بها طعاما يشتركون فى اكله شيخنا عن المصباح

(كتاب الحدود)

الحدود عقوبات بعضها حق الله خالصا كحد الزنى والخمر وبعضها مشوب بحق العباد كحد القذف فابتدأ بالاول وقدم الاقوى منهما حموى عن قراحصارى (قوله سبب للامتناع) عن موجبها من الزنا والقذف

(لا) يحنث فى الصحيح (وداره بالملك والاجارة) والاعارة حتى لو حلف لا يدخل دار فلان فدخل دار مسكونة لفلان سواء كانت بملك أو اجارة أو اعارة يحنث وقال الشافعى الدار تتناول دار الملك (حلف بانه لا مال له و) قد كان (له) أى للحالف (دين على مفلس) بالتشديد وهو رجل حكم القاضى على افلاسه (أو ملى) أى غنى (لم يحنث) *(كتاب الحدود)* والمناسبة بين الكتابين ان الحدود سبب للامتناع

والشرب والسرقة حموى (قوله كما ان الايمان سبب له) أى للامتناع عن فعل المحلوف عليه يعنى ان كان الحلف على نفى الفعل اما اذا كان الحلف على الفعل فلا يكون سببا للامتناع بل سببا للفعل حموى فالمناسبة باعتبار أحد نوعى اليمين وقد يقال المراد الامتناع عما يوجب الحنث (قوله لمنعه الناس عن الدخول) أى والخروج ففى الكلام اكتفاء حموى (قوله وفى الشرع) عطف على قوله لغة باعتبار المعنى ولو قال والحد فى الشرع عقوبة الخ لكان أولى وأظهر فى شرح كلام المصنف حموى قال والعقوبة هى الالم الذى يلحق الانسان مستحقا على الجناية والفرق بين العقاب والعقوبة ان ما يلحق الانسان ان كان فى الآخرة يقال له العقاب وان كان فى الدنيا يقال له العقوبة انتهى وركنه اقامة الامام او نائبه وشرطه كون من يقام عليه من اهل الاعتبار سليم البدن فلا يقام على مجنون وسكران لانهما ليسا من اهل الاعتبار ولا على مريض وضعيف الخلقة الا بعد الصحة وسببه ارتكاب كبيرة من زنى أو قذف أو شرب خمر وحكمته انزجار من عليه بتمام كذا فى المحيط وسيأتى ان المريض انما يؤخر عنه الجلد لا الرجم وان نحيف البدن يضرب بما يطيق وليس مطهرا من الذنب عندنا بل المطهر انما هو التوبة وبالتوبة لا يسقط عنه الحد فى الدنيا نهر (قوله تجب حقا لله) يشير به الى ان قوله لله متعلق بمحذوف على انه صفة ثانية لعقوبة وقدر المتعلق خاصا لاقتضاء المقام ذلك حموى والحد بعد ثبوت سببه لا يقبل الاسقاط ولا تجوز الشفاعة فيه لانها طلب ترك الواجب ولهذا انكر عليه السلام على أسامة حين شفع فى المخزومية التى سرقت بقوله اتشفع فى حد من حدود الله تعالى نعم قبل الوصول الى الحاكم تجوز الشفاعة عند الرافع لاطلاقه نهر (قوله لعدم التقدير) ولا ينافيه قولهم ان اقله ثلاثة واكثره تسعة وثلاثون لان ما بين الاقل والاكثر ليس بمقدر ولانه يكون بغير الضرب بحر فلا حاجة لما فى النهر حيث قال وما سيأتى من بيان اقله واكثره فذاك لنوع منه انتهى فنفى التقدير فى التعزير شامل لنوع التعزير بالضرب وعلى ما فى النهر يكون للنوع المذكور تقدير باعتبار الأقل والاكثر شيخنا (قوله لانه حق العباد) أى الغالب فيه ذلك وكذا لو كان المقتص هو الامام كما لو قتل عمدا ولا وارث له وهذا لان نفع الحد يعود الى الكافة من صيانة الانساب والاعراض والاموال وفى اصطلاح غير هؤلاء حذف هذا القيد ليدخل القصاص وعليه فالحد قسمان ما يصح فيه العفو وما لا يقبله نهر (قوله والزنى) بالقصر فى لغة اهل الحجاز فيكتب بالياء وبالمد فى لغة اهل نجد فيكتب بالالف والنسبة الى المقصور زنوى والى الممدود زنائى نهر وفى الشرنبلالية عن الفتح انه مقصور فى اللغة الفصحى لغة اهل الحجاز التى جاء بها القرآن قال الله تعالى ولا تقربوا الزنى انتهى وانما بدأ بالكلام عليه لكثرته مع ثبوت حده بالقطعى بخلاف السرقة فانها لا تكثر كثرته والشرب وان كثر فليس حده بتلك القطعية نهر (قوله وطء الرجل المرأة) يشير الى انه مصدر مضاف لفاعله ثم انه حذف وعوض عنه التنوين حموى واعلم انه لا يشترط الايلاج فانه لو كان مستلقيا فادخلت ذكره فى فرجها لزمه الحد شرنبلالية (قوله فيخرج فعل الصبى) فيه ان الرجل يطلق على الصبى كما فى غاية البيان وشرح الجامع الكبير للحصيرى ولو سلم خروجه يرد على التعريف فعل المجنون فلو قال وطء مكلف لكان صوابا حموى ولا بد وان يكون من ناطق طائع مسلم أو ذمى بدارنا تحت ولاية اهل العدل والموطوءة مشتهاة ولو ماضيا وان لا يظهر به جب أو رتق بعد اقراره به كذا قيل وفيه تأمل لان هذه شروط لاجراء الاحكام فهى زائدة على الحقيقة وما فى المحيط من ان منها ان يكون عالما بالتحريم حتى لو لم يعلم به لا يجب الحد للشبهة رده فى النهر عن الفتح بان الزنى حرام فى سائر الاديان حتى ان الحربى اذا دخل دار الاسلام فاسلم وزنى وقال ظننت انه حلال يحد وان فعل ذلك اول يوم دخوله انتهى فكيف يتأتى اذا ادعى مسلم أصلى انه لا يعلم حرمة الزنى لا يحد لانتفاء شرط الحد شرنبلالية (قوله فى قبل) بضم الباء واسكانها آثر التعبير به عن الفرج لاختصاصه بالانسان نهر واعلم ان المراد قبل المشتهاة وانما اقتصروا على ذكر الاشتهاء ولم يذكروا قيد كونها حية مع انه شرط أيضا لدلالة الاشتهاء على الحياة ولهذا اعترض الشرنبلالى على صاحب الدرر حيث اقتصر فى موجبات الغسل

كما ان الايمان سبب له الحد لغة المنع ومنه سمى البواب حدادا لمنعه الناس عن الدخول وفى الشرع (الحد عقوبة مقدرة) تجب حقا (لله تعالى) قوله مقدرة احتراز عن التعزير لعدم التقدير فيه ولله سبحانه احتراز عن القصاص لانه حق العباد (والزنى وطء) الرجل المرأة فيخرج فعل الصبى (فى قبل) فيخرج الوطء فى الدبر

على ذكر الحياة ولم يذكر قيد الاشتهاء وكان ينبغى ان يذكره انتهى يعنى لان قيد الحياة لا يدل على الاشتهاء فاقتصاره فى الدر رهنا على ذكر الاشتهاء متجه (قوله خال عن ملك الخ) اعلم ان ما ذكره المصنف من تعريف الزنى هو معناه اللغوى والشرعى فانهما سواء فيه ولم يقصد المصنف تعريف الزنى الموجب للحد كما توهمه الزيلعى فانه لو كان كذلك لانتقض التعريف طردا وعكسا بحر لكن تعقبه نوح افندى وذكر ان ما فهمه الزيلعى انسب فليراجع (قوله وشبهته) المراد بشبهة ملك النكاح ما اذا تزوج رجل امرأة بغير شهود أو امة بغير اذن مولاها أو وطئ عبد امرأة تزوجها بغير اذن مولاه والمراد بشبهة ملك اليمين ما اذا وطئ الرجل جارية ابنه أو جارية مكاتبه أو عبده المأذون المديون أو الجارية فى المغنم فى دار الاسلام بعد الاحراز فى دارنا فى حق الغازى حموى عن المفتاح ومنه تعلم ان المراد بالشبهة فى قول المصنف خال عن ملك وشبهته شبهة ملك اليمين وشبهة ملك النكاح وظاهر ان فى قول الشارح أى ملك يمين ونكاح اشارة الى ذلك ايضا وليس المراد بالشبهة ما يشمل شبهة الفعل بل خصوص شبهة المحل كما فى الدر عن ابن الكمال وليس المراد انه يحد مع الشبهة فى الفعل مطلقا وان ظن الحل كما قد يتوهم لما سيأتى انه لا يحد بشبهة الفعل ان ظن الحل بخلاف الشبهة فى المحل فانها توجب نفى الحد مطلقا وان لم يظن الحل وهذا هو السر فى تخصيص شبهة المحل بالارادة مع انه لو أريد بالشبهة ما يعم شبهة الفعل بقيد ظن الحل فى جانبها لكان له وجه ثم ظهر ان تقييد الشبهة بشبهة المحل لا يصح بدليل قول الشارح فيخرج وطء معتدة الثلاث وامة ابويه وزوجته ان ظن حلها فهذا منه كالتصريح بان المراد بالشبهة ما يشمل شبهة الفعل لان الشبهة فى معتدة الثلاث وما بعدها من شبهة الفعل كما سيأتى التصريح به فى المتن ثم راجعت البحر فرأيته نقل عن البدائع ما يقتضى كون المراد بالشبهة ما هو الاعم من شبهة الفعل لتصريحه باشتراط كون الفعل عاريا عن شبهة الاشتباه ومن المعلوم ان شبهة الاشتباه هى الشبهة فى الفعل كما سيصرح بذلك الشارح من باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لا يوجبه فتحصل ان ما فى النهر والدر عن ابن الكمال من تقييد الشبهة بالشبهة فى المحل غير صواب والصواب ابقاء كلام المصنف على اطلاقه ولهذا قال فى الدر ويدخل فيه شبهة الاشتباه (قوله فيخرج وطء معتدة الخ) نشر غير مرتب حموى وهو ظاهر اذ لو قصد الترتيب فيه لأخر معتدة الثلاث عن أمة ابويه وزوجته ليكون ذلك على وفق اللف فى قوله قبله أى ملك يمين ونكاح والتقييد بمعتدة الثلاث لا للاحتراز عن معتدة الكنايات بل ليعلم الحكم فيها بالاولى لانه اذا لم يقم عليه بوطء معتدة الثلاث ان ظن الحل مع ان الشبهة فيها من شبهة الفعل فكذا لا حد عليه بوطء معتدة الكنايات مطلقا ظن الحل ام لا بالطريق الاولى لان الشبهة فيها من قبيل شبهة المحل ووجه الاولوية ما سيأتى فى المتن من ان النسب يثبت فى الاولى أى شبهة المحل دون الثانية (قوله ان ظن حلها) قيد فى المسائل الثلاث كما سيأتى فى المتن حموى وفى المحيط لو تزوجها أو اشتراها لا يسقط الحد فى ظاهر الرواية لانه لا شبهة له وقت الفعل نهر (قوله عند الحاكم) المراد بالحاكم القاضى أو الامام لا ما يعم المحكم حموى (قوله بشهادة أربعة) ولو كان الزوج منهم عندنا خلافا للشافعى بشرط ان لا يشهد انها زنت بولده سواء كان قبل الدخول أو بعده للتهمة لانه بشهادته قبله يريد اسقاط المهر وبعده اسقاط النفقة وتحد الثلاثة دون الزوج كذا فى المحيط ويشترط ان لا يكون قذفها لانه يسعى فى دفع اللعان عن نفسه وتحد الثلاثة أيضا كذا فى الظهيرية فعلى هذا لو قال بعض الشهود ان فلانا قد زنى أو قال له زنيت ثم جاء وشهد عند القاضى لا تقبل لما ذكر فى الزوج واتحاد المجلس شرط لصحة الشهادة فلو جاؤا فرادى حد واحد القذف بخلاف ما لو جاؤا فرادى وقعدوا مقعد الشهود وقام الى القاضى واحد بعد واحد حيث تقبل الشهادة وفى اشتراط الاربع تحقيق معنى الستر وهو مندوب اليه بقوله عليه السلام من ستر مسلما ستره الله فى الدنيا والآخرة فالشهادة بالزنى خلاف الاولى التى مرجعها الى كراهة التنزيه ويجب ان يكون بالنسبة لمن لم يعتده اما اذا وصل الحال الى اشاعته والتهتك به فيجب كون الشهادة أولى من تركها نهر وبحر فلو كان أحد الزانيين متهتكا دون الآخر هل يعتبر جانب المتهتك فتكون

(خال عن ملك) أى ملك يمين ونكاح (و) عن (شبهته) فيخرج وطء معتدة الطلاق الثلاث وامة أبويه وزوجته ان ظن حلها (ويثبت) الزنى عند الحاكم (بشهادة اربعة) اى اربعة رجال فلا يثبت بعلم القاضى وانما ذكر هذا العدد لانه لا يثبت بشهادة اقل منه وانما قيدنا بالرجال لانه لا يثبت بشهادة النساء

الشهادة به اولى أو يعتبر جانب الآخر فيستحب الستر لم أره (قوله بالزنى) وفيه ايماء الى انه لو شهد به اثنان وشهد آخران انه اقر به لا يحد ولا تحد الشهود أيضا بخلاف ما لو كان الشاهد على الاقرار واحدا حيث تحد الثلاثة الذين شهدوا بالزنى نهر عن الظهيرية ولم يظهر لى وجه الفرق بين المسئلتين حيث وجب الحد فى الثانية دون الاولى وما ذكره فى البحر من الفرق حيث قال ان شهادة الواحد على الاقرار لا تعتبر فبقى كلام الثلاثة قذفا انتهى فيه تأمل اذ شهادة الاثنين على اقراره غير معتبرة أيضا لما فى الدر من انه لا يثبت بالبينة على الاقرار ثم ظهر وجه سقوط حد القذف فيما اذا شهد اثنان انه اقر به لان شهادتهما تمام نصاب الشهادة بالنسبة لغير حد الزنى بخلاف شهادة الواحد على الاقرار فانها غير معتبرة أصلا (قوله لا بالوطء والجماع) لان لفظ الزنى هو الدال على فعل الحرام بخلاف الوطء والجماع وكلامه يعطى بظاهره انه لا يقوم لفظ مقام لفظ الزنى فلو قالا وطئها محرما لم تقبل نهر قال فى الدر وظاهر الدرر ان ما يفيد معنى الزنى يقوم مقامه انتهى ونص عبارة الدرر ويثبت بالشهادة بالزنى أو ما يفيد معناه وسيأتى انتهى لكن توقف الشيخ حسن فيه فقال وينظر هل تقبل الشهادة المجردة عن لفظ الزنى مع لفظ يفيد معناه تأمل انتهى قال شيخنا ووجه تردده انه لم يقف عليه فى كلام غيره وسنده الذى احال عليه هو ما ذكره فى التعزير ان حد القذف يجب بصريح الزنى أو بما هو فى حكمه بان يدل عليه اللفظ اقتضاء كقوله فى غضب لست لابيك أو بابن فلان ابيه انتهى أى قال له لست بابن فلان وفلان أبوه (قوله أى القاضى) فى تفسير الامام بالقاضى نظر لانه لا يلائم قوله سابقا عند الحاكم حموى والظاهر انه تحريف من الناسخ والصواب ابدال أى باو وعليه فلا يرد ما ذكره من عدم الملاءمة (قوله عن ماهيته) أى حقيقته وهو ما تقدم تعريفه بقول المصنف الزنى وطء الخ شرنبلالية وما فى البحر من ان ظاهر كلامهم انه ليس المراد بالماهية الحقيقة الشرعية غير مسلم ولهذا ذكر فى النهر بعد ان نقل عن الفتح ما نصه فيسألهم الامام عن ماهيته أى ذاته لان الشاهد عساه عنى به غير ادخال الذكر فى الفرج بان ظن مماسة الفرجين حراما زنى أو كان يظن ان كل وطء محرم زنى يوجب الحد فلهذا الاحتمال يسأله عن الزنى ما هو انتهى فقال وهو ظاهر فى ان المراد بماهيته حقيقته الشرعية الا ان هذا يستلزم الاستغناء عن الكيفية والمكان لتضمن التعريف ذلك فهو من عطف الخاص على العام انتهى وكذا ما ذكره الشارح من التعليل للسؤال عن الماهية بقوله لان من الناس من زعم ان الزنى كل وطء حرام وليس كذلك يفيد أيضا ان المراد بالماهية حقيقته الشرعية (قوله بان يقول كيف زنى اكراها أو طوعا الخ) هذا أحسن مما فى الدرر حيث قال وكيف هو فان الوطء قد يقع بلا التقاء الختانين ولهذا تعقبه فى الشرنبلالية بان التقاء الختانين وان لم يشترط لحقيقة الوطء لتصوره بدونهما فى الدبر لكن الكيف هو ان يكون طائعا أو مكرها انتهى ولم يرد المحشى بالوطء الذى لم يشترط له التقاء الختانين خصوص الوطء الموجب للحد بل أراد الوطء مطلقا (قوله أو فى حال الصبا) عطف على ما قبله باعتبار المعنى حموى (قوله أو الجنون) فلو كان يجن ويفيق فزنى فى الافاقة فانه يؤخذ بالحد وان قال زنيت فى حال جنونى لا حد عليه كالبالغ اذا قال زنيت فى حال الصبا بحر عن الظهيرية وقوله فانه يؤخذ بالحد أى حال افاقته حتى لو جن بعد الزنا تنتظر افاقته لاقامة الحد عليه لما سبق من انه لا يقام على مجنون وسكران لانهما ليسا من أهل الاعتبار واعلم انه لا فرق فى عدم اقامة الحد على المجنون وان كان وقت ما زنى مفيقا بين الجلد والرجم بل ينتظر افاقته أما بالنسبة للجلد فلما علم من ان المقصود من الحد الاعتبار والمجنون ليس من أهل الاعتبار كالسكران وأما بالنسبة للرجم فلما سيأتى فى الكلام على شرائط الاحصان من قول الشارح فلا يرجم المجنون وسيأتى ما يفيد انه لا يشترط رجمه بعد الافاقة وطؤه زوجته بناء على ما هو المذهب من ان احصانه يعود بالافاقة الا فى رواية عن الثانى لا يعود الا بالوطء بعده (قوله فلا يجب الحد) الا اذا كان الخليفة مع العسكر أو وال فوض اليه أمر الحدود حموى عن البرجندى (قوله فان بينوه الخ) مفهومه انهم لو لم يزيدوا على قولهم انه زنى

(بالزنى لا بالوطء والجماع فيسألهم الامام) أى القاضى بعد شهادتهم (عن ماهيته) بان يقول ما الزنى لان من الناس من زعم ان الزنى كل وطء حرام وليس كذلك (وكيفيته) بان يقول كيف زنى اكراها أو طوعا حتى اذا كان باكراه لا يحد (و) عن (مكانه) بان يقول اين زنى لاحتمال ان يكون فى دار الحرب أو فى عسكر اهل البغى فلا يجب الحد (و) عن (زمانه) بان يقول فى اى زمان زنى لاحتمال تقادم عهد الزنى او فى حال الصبا او الجنون فلا يجب الحد (و) عن (المزنية) بان يقول بمن زنى لاحتمال انه زنى بجارية ابنه أو بمن له فيها ملك او شبهة فلا يجب الحد (فان بينوه)

لايحد ولا الشهود أيضا ولو بين ثلاثة ولم يزد الرابع على الزنى لايحد أيضا نهر أما لو وصفوه بغير صفته فانهم يحدون بحر وفيه عن الخانية شهدوا انه زنى بامرأة لا يعرفونها ثم قالوا بفلانة لايحد الرجل ولا الشهود انتهى (قوله أى المذكور) أشار به الى وجه الافراد فى ضمير بينوه والا فالقياس يقتضى جمعه بان يقال فان بينوها لعود الضمير على الاوجه التى وقع السؤال عنها وهى الماهية وما عطف عليها (قوله وقالوا رأيناه الخ) أى بعد بيانه بالوجوه الخمسة كما يؤخذ من عبارة القدورى فما اشير اليه فى بعض الشروح من ان قوله وقالوا الخ بيان لقوله و بينوه فيه نظر اذ بمجرد القول المذكور لايتم البيان نهر والحاصل ان قولهم رأيناه وطئها كالميل فى المكحلة زيادة بيان احتيالا للدرء والا فالسؤال عن ماهيته كاف مع ان ظاهر كلامهم ان الحكم موقوف على بيانه بحر (قوله المكحلة) بضمتين يعنى ضم الميم والحاء شرنبلالية عن الفتح (قوله وعدلوا سرا وجهرا) اعلم ان القاضى لو كان يعلم عدالة الشهود لايجب عليه السؤال عن عدالتهم لان علمه يغنيه عن ذلك كما فى الفتح قالوا ويحبسه حتى يسأل عن الشهود كيلا يهرب بخلاف المديون حيث لايحبس قبل ظهور العدالة لان الحبس أقصى عقوبة فلا يجوز ان يفعل قبل الثبوت بخلاف الحدود فان فيها عقوبة أخرى اغلظ منه وحاصل التعديل سرا ان يبعث القاضى ورقة فيها أسماؤهم وأسماء محلتهم على وجه يتميز كل منهم لمن يعرفهم فيكتب تحت اسمه هو عدل مقبول الشهادة وحاصل التعديل علانية ان يجمع القاضى بين المزكى والشاهد فيقول هذا هو الذى زكيته بحر واعلم ان ما سبق عن فتح القدير من ان السؤال عن العدالة مقيد بما اذا لم يكن للقاضى علم بها جرى عليه فى النهر والدر لكن رأيت بخط شيخنا انه لايكتفى بعلمه عدالتهم والاكتفاء به بناء على انه يقضى بعلمه انتهى يعنى والمفتى به انه لايقضى بعلمه (قوله حكم به) وينبغى ان يتفحص قبل الحكم عن حال المرأة والرجل حتى لو كانت المرأة بكرا أو الرجل مجبوبا لاحد عليه ولا على الشهود بخلاف ما اذا كان خصيا أو عنينا فانه يحد ذكره قاضيخان وشرط فى الحكم بالشهادة ان لايقر بالزنى فانه لو أقر بالزنى بطلت الشهادة ولا يحد عند أبى يوسف وعند محمد يحد حموى عن البرجندى ونص عبارة النهر شهد عليه أربعة عدول بالزنى فأقر مرة واحدة ذكر السرخسى انه يحد يعنى بحكم الشهادة وقال غيره هذا قول محمد وعلى قول أبى يوسف لايحد وكذا الخلاف لو أقر مرتين كما فى الشرح وقول أبى يوسف اصح كما فى الكافى واجمعوا انه لو أقر أربعا بطلت الشهادة الخ يعنى ويحد بحكم الاقرار بقى ان يقال عبارة النهر ظاهرها تقتضى ثبوت الاختلاف بين الصاحبين اذا أقر بالزنى مرة أو مرتين بعد ان شهد عليه الشهود به ولو قبل القضاء بالشهادة وليس كذلك فقد ذكر الشيخ شاهين ان اقراره بالزنا قبل القضاء بالشهادة يبطل الشهادة اتفاقا انتهى و يشهد لما ذكره الشيخ شاهين ما فى الدر من تقييده الخلاف بما بعد القضاء بالشهادة ونصه ولو قضى بالبينة فأقر مرة لم يحد عند الثانى الخ واعلم ان المراد بالبينة فى قوله ولو قضى بالبينة الخ البينة التى شهدت عليه بالزنى كما صرحت بذلك عبارة النهر وان كان سياق كلامه ربما يوهم ان المراد بها البينة التى شهدت على اقراره لان ذلك يأباه قوله قبل ذلك فلا يثبت الحد بعلم القاضى ولا بالبينة على الاقرار (قوله أى بالزنى) أى بثبوت الزنى والمراد الحكم بموجب الزنى شرنبلالية (قوله أى باقرار الزانى أربعا) لانه زيد فى عدد شهادته احتيالا للدرء فيزاد فى عدد اقراره لذلك حموى (قوله وقال بعضهم المعتبر مجلس القاضى) وكلام المصنف محتمل لكل من القولين حموى (قوله والاول أصح) حتى لو سمع القاضى اقراره وراح والمقر جالس لايعتبر عزمى زاده فان أقر أربع مرات فى مجلس واحد كان ذلك بمنزلة اقرار واحد وفى الظهيرية لو أقر كل يوم مرة أو كل شهر مرة فانه يحد انتهى لانه عليه السلام أخر الحد على ماعز الى ان تم اقراره أربعا فى أربعة مجالس نهر (قوله وقال الشافعى يكتفى بالاقرار مرة واحدة) كما فى سائر الحقوق ولنا حديث ماعز انه عليه السلام أخر اقامة الحد عليه الى ان تم اقراره أربعا فلو ظهر دونها لما أخرها عينى وماعز هو اسمه وهو ابن مالك الاسلمى من بنى أسلم والمرأة التى زنى بها اسمها فاطمة فتاة هزال وقيل منيرة وفى طبقات ابن سعد

أى المذكور ذكر بكلمة ان وهى تذكر فى امر غير كائن لانه قلما يثبت الزنى بالبينة (وقالوا رأيناه وطئها) فى الفرج (كالميل فى المكحلة) اى وعاء الكحل (وعدلوا سرا وجهرا حكم) الامام (به) أى بالزنى ولا يكتفى بظاهر العدالة (و) يثبت الزنى (باقراره) اى باقرار الزانى (اربعا فى مجالسه الاربعة) الضمير فى مجالسه يرجع الى المقر وقال بعضهم المعتبر مجلس القاضى دون المقر فيرجع الى القاضى والاول اصح وقال الشافعى يكتفى بالاقرار مرة واحدة

مهيرة شيخ عبد الحى عن القسطلانى (قوله كلما أقرردّه) الا فى الرابعة فانه لايردّه نهر عن الاصلاح وصدر الشريعة وقوله كلما أقرردّه بان يقول له ابك جنون ابك خبل حموى (قوله كما مر) الكاف اسم بمعنى مثل صفة مصدر محذوف أى سأله سؤالا مثل ما مر حموى (قوله وقيل لايسأل عن الزمان هنا) بخلاف الشهادة لان التقادم يمنعها دون الاقرار واذا لم يكن التقادم معه مسقطا فلا فائدة فى السؤال نهر (قوله والاصح ما فى المتن) من انه يسأله عن الزمان لفائدة هى جواز انه زنى فى حال صباه نهر (قوله فان بينه حده) انما قال فى الاول حكم به وهنا حده لانه فى البينة لابد من الحكم للانكار بخلاف الاقرار حموى عن قراحصارى (قوله فان رجع الخ) ولو رجوعه بالفعل كهروبه وانكار الاقرار رجوع كما ان انكار الردّة توبة وكذا يصح الرجوع عن الاقرار بالاحصان لانه لما صار شرطا للحد صار حقا لله تعالى فصح الرجوع عنه لعدم المكذب بحر وكذا سائر الحدود الخالصة كحد شرب وسرقة وان ضمن المال تنوير وشرحه واحترز بالحدود الخالصة عن حد القذف والقصاص وبه صرح فى النهر (قوله خلى سبيله) لان الرجوع خبر يحتمل الصدق ولا مكذب له فتحققت الشبهة (قوله محصنا) أحصن الرجل أى تزوج فهو محصن بفتح الصاد لانها من الكلمات التى جاء اسم الفاعل فيها على لفظ اسم المفعول كمسهب واحصنت المرأة أى تزوجت فهى محصنة ومحصنة شيخنا عن نوح أفندى يقال اسهب الرجل اذا اكثر من الكلام فهو مسهب بفتح الهاء ولا يقال بكسرها شيخنا عن الصحاح (قوله رجمه) هذا محمول على ما اذا لم تدع المرأة أو الرجل نكاحا ذكر فى الظهيرية انه اذا أقر الرجل انه زنى بفلانة وقد اقر أربع مرات وفلانة تقول تزوجنى او أقرت المرأة اربع مرات وفلان يقول تزوجتها فلاحد على واحد منهما وعليه المهر حموى عن البرجندى وقوله وفلان يقول تزوجتها شامل لما لو كانت زوجة الغير وبه صرح فى متن التنوير وكذا يشترط لاقامة الحد عليه بالاقرار أن يكون الاقرار صريحا فلا يحد الاخرس بكتابة وكذا لو أقر انه زنى بخرساء أوهى اقرت انها زنت باخرس لاحد على واحد منهما ووجهه فى المحيط بجواز أنها لو تكلمت ابدت ما يسقط الحد وقيل يشكل عليه ما قالوا لو أقر انه زنى بغائبة حد استحسانا مع أنه يحتمل ان تذكر ما يوجب سقوط الحد اذا حضرت فيحتاج الى الفرق نهر قال شيخنا تغمده الله برحمته قد صرح الزيلعى فى الباب الآتى بالفرق حيث قال بخلاف ما اذا أقر انه زنى بغائبة أو شهد عليه بذلك حيث يحد وان احتمل ان ينكر الغائب الزنى أو يدعى النكاح لانه لو حضر وأنكر الزنى أو ادعى النكاح يكون شبهة واحتمال ذلك يكون شبهة الشبهة فالشبهة هى المعتبرة دون شبهة الشبهة انتهى قال ثم ظهر لى انه لايصلح فارقا لما ان شبهة الشبهة ثابتة فى المسئلتين اذ دعوى الخرساء على فرض نطقها ما يسقط الحد هو الشبهة وجواز أنها لو تكلمت ابدته شبهة الشبهة وكان الاحتياج الى ابداء الفرق باقيا انتهى بلفظه (قوله يبدأ به الشهود) ولو بحصاة صغيرة الا لعذر كمرض فيرجم بحضرتهم در وكذا يرجم بحضرتهم لو كانوا مقطوعى الايدى بخلاف ما اذا قطعت أيديهم بعد الشهادة وانما اشترطت بداءة الشهود بالرجم لان الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع حموى عن البرجندى واعلم أن بداءة الشهود بالرجم شرط بدليل قول المصنف فان أبوا سقط نهر وبدليل قول الشارح وقال أبو يوسف فى رواية لاتشترط بداءة الشهود ويصطفون لرجمه كصفوف الصلاة كلما رماه صف تأخر وتقدم غيره ولو قتله انسان أو فقأ عينه بعد القضاء بالرجم فهدر وينبغى ان يعزر لافتياته على الامام ولو قبل القضاء بالرجم يجب القصاص فى العمد والدية فى الخطأ لان الشهادة قبل الحكم بها لا حكم لها تنوير وشرحه (قوله وقال أبو يوسف الخ) لما روى عن على رضى الله عنه انه قال حين رجم شراحة الهمدانية ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان شهد على هذه أحد لكان أول من يرمى الشاهد يشهد ثم يتبع شهادته حجره ولكنها اقرت فانا أول من رماها بحجر قال الراوى ثم رمى الناس وأنا فيهم والهمدانية بسكون الميم نسبة الى همدان بسكون الميم حى من العرب عناية (قوله أو بعضهم) ولو عبر به لكان أولى نهر بان قال فان أبى بعضهم

(كلما اقر رده) القاضى او الحاكم حتى يذهب ويغيب عن بصره ثم يجئ ويقر (ويسأله) بعدما اقر اربع مرات عن ماهيته وكيفيته ومكانه وزمانه والمزنية (كما مر) وقيل لا يسأل عن الزمان هنا والاصح ما فى المتن (فان بينه) أى بين المقر ما سأله (حده فان رجع) المقر (عن اقراره قبل الحد أو فى وسطه خلى سبيله) وتركه ولم يحد ولم يتم وقال الشافعى وابن أبى ليلى يحد (وندب) للامام (تلقينه بلعلك قبلت اولمست او وطئت بشبهة) أو تزوجتها (فان كان) المشهود عليه بالزنى او المقر به (محصنا رجمه) بالحجارة (فى فضاء) أى مكان واسع (حتى يموت يبدأ الشهود به) اى بالرجم وقال ابو يوسف فى رواية والشافعى لا يشترط بداءة الشهود (فان ابوا) كلهم أو بعضهم

(قوله أوغابوا اوماتوا الخ) ولو بعد القضاء لان الامضاء من القضاء فى الحدود وهذا لو محصنا أما غيره فيحد فى الموت والغيبة در (قوله أوقذف فحد) لخروجه عن أهلية الشهادة (قوله سقط الرجم لانه أى اباء الشهود دلالة الرجوع ولا يحدون لان امتناعهم ليس صريحا فى الرجوع وقيل يحدون والاول رواية المبسوط نهر وكذا يسقط اذا جنوا وارتدوا عينى (قوله ثم يبدأ الامام) لم يقل فان ابى سقط الحد لان رميه ليس حتما اذ حضوره غير لازم نهر عن الايضاح خلافا لما فى الفتح (قوله ثم الناس) لما رويناه من أثر على زيلعى وقول العينى لما رويناه سهو لانه لم يتقدم له ذلك ويستحب للامام ان يأمر طائفة من المسلمين ان يحضروا الاقامة الحدود لقوله تعالى وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين حموى عن الدراية واختلف فى عددها فعن ابن عباس واحد وقال عطاء اثنان والزهرى ثلاثة والحسن البصرى عشرة وفى الشرنبلالية عن مالك أربعة وهذا صريح فى أن حضورهم ليس شرطا فرميهم كذلك فلو امتنعوا لم يسقط ويستحب أيضا لكل راجم ان يقصد القتل لانه المقصود الا أن يكون ذا رحم محرم فيلتفى بغيره كذا فى الفتح تبعا لما فى الايضاح الا أنه فى المحيط قال يكره لذى الرحم المحرم ان يلى اقامة الحد والرجم نهر قلت ظاهره ولو كان ذو الرحم المحرم قاضيا فليراجع حموى وان فعل ذو الرحم المحرم لا يحرم الميراث در وقد سأل بعض الطلبة بالدرس عن ذى الرحم اذا كان أحد الشهود هل يسقط الحد عن المشهود عليه بالزنى لكونه ممنوعا من البدء برجمه فاجبت بان الظاهر عدم سقوطه فيرجم بحضرته ويجعل ذلك عذرا على نحو ما سبق من ان اشتراط البدء بالشهود مقيد بعدم قيام العذر بهم كمرض (قوله ويبدأ الامام به لو مقرا) مقتضاه انه لو امتنع لم يحل للقوم رجمه وان أمرهم لفوات شرطه فتح لكن سيجىء انه لو قال قاض عدل قضيت على هذا بالرجم وسعك رجمه وان لم تعاين الحجة در وأقول يمكن حمل ما سيجىء على ما اذا لم يمتنع القاضى من البدء برجمه فلا يخالف حينئذ ما ذكره فى الفتح (قوله جلدا متوسطا) أشار به الشارح الى ان متوسطا صفة مصدر محذوف ويجوز ان يكون حالا من جلده أو من الجلاد (قوله بين المبرح وغير المؤلم) فيكون مؤلما غير جارح ولو كان ضعيف الخلقة خيف عليه الهلاك يجلد جلدا خفيفا يحتمله شرنبلالية وهذا هو المراد مما سبق عن النهر من ان النحيف يجلد بقدر ما يطيق أى جلدا خفيفا بحسب ما يطيقه وأما استيفاء العدد المنصوص عليه وهو مائة فى الحر ونصفها فى العبد فلا ينقص عنه (قوله ونزع عنه ثيابه) فى سائر الحدود سوى حد القذف حموى عن المفتاح (قوله وفرجه) لقوله عليه السلام اتق الوجه والمذاكير در وفيه ان الدليل على بعض المدعى دون البعض وهو الرأس فكان ينبغى أن يقال كما فى الهداية بعد الحديث ولان الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن أيضا فلا يؤمن من فوات شىء منها بالضرب وذلك اهلاك معنى انتهى شرنبلالية والمذاكير جمع الذكر بمعنى العضو المعروف على خلاف القياس فرقا بين جمعه وجمع الذكر المقابل للانثى فانه يجمع على ذكران ثم جمعه على اعتبار تسمية ما حوله من كل جزء ذكرا كما قالوا شابت مفارقه وانما له مفرق واحد وقال الاخفش هو من الجموع التى لا واحد لها نوح أفندى والمفرق بكسر الراء وفتحها وسط الرأس وهو الموضع الذى يفرق فيه الشعر وكذا مفرق الطريق وهو الموضع الذى يتشعب منه طريق آخر مختار الصحاح (قوله غير ممدود) ولم ار لقضاة زماننا سلفا فى مده فى التعزير على الارض والظاهر انه لا يجوز لانه خلاف المشروع لما اخرجه عبد الرزاق عن على انه قال يضرب الرجل قائما والمرأة قاعدة فى الحد نهر (قوله وقيل ان لا يطرح الخ) والخلاف انما هو فى بيان المعنى المراد من قوله غير ممدود مع اتفاقهم على كراهة كل منهما اشار الى ذلك الشارح بقوله وكل ذلك لا يفعل (قوله وكل ذلك لا يفعل) فلفظ ممدود معمم فى جميع معانيه لانه فى النفى فجاز تعميمه وان امتنع ولم يقف لا بأس بربطه على اسطوانة أو يمسك حموى (قوله ولا ينزع ثيابها الا الفرو) الا أن لا يكون لها الا ذلك حموى عن الخزانة (قوله ويحفر لها) لانه عليه السلام حفر للغامدية الى ثندوتها والثندوة بضم الثاء المثلثة والهمز مكان الواو وبفتحها مع الواو

أوغابوا اوماتوا اومات بعضهم اوصار اعمى اواخرس اوارتد اوقذف فحد (سقط) الرجم عندهما وهو رواية عن أبى يوسف (ثم) يبدأ (الامام) بالرجم (ثم الناس ويبدأ الامام) به (لو) كان (مقرا ثم الناس) ويغسل ويكفن ويصلى عليه (ولو) كان المشهود عليه بالزنى اوالمقربه (غير محصن جلد مائة) ان كان حرا مطلقا سواء كان رجلا او امرأة (ونصف للعبد) وهو خمسون (بسوط) اى جلده بسوط (لا ثمرة له جلدا (متوسطا) بين المبرح والمؤلم وغير المؤلم ثمرة السوط مستعارة من ثمرة الشجر وهى ذنبه وطرفه كذا فى المغرب لكن المشهور فى الكتب لا ثمرة له اى لا عقدة له (ونزع) عنه (ثيابه) سوى الازار (وفرق) الضرب (على بدنه الا راسه ووجهه وفرجه) وقال الشافعى يخص به ظهره وقال أبو يوسف آخرا يضرب الراس ايضا سوطا واحدا (ويضرب الرجل) حال كونه (قائما فى الحدود) كلها (و) التعزير حال كونه (غير ممدود) والمراد ان الجلاد لا يمد يده فوق راسه وقيل مراده انه لا يمده بعدما وقع السوط على بدن المجلود وقيل ان لا يطرح على الوجه ولا يمد جلاده وكل ذلك لا يفعل لما فيه من زيادة المستحق والرجل والمرأة فى ذلك سواء (ولا ينزع) عنها (ثيابها الا الفرو والحشو وتضرب) المرأة (جالسة ويحفر لها فى الرجم) الى الصدر

مفتوحة ثدى الرجل أو لحم الثديين والدال مضمومة فى الوجهين شرنبلالية عن الفتح وعبارة الدرر وجاز الحفر لها لانه عليه السلام حفر للغامدية وان ترك لا بأس به لانه عليه السلام لم يأمر به وهى مستورة بثيابها انتهى فان قلت فى كلامه تناقض لان المراد من قوله لانه عليه السلام حفر للغامدية أى أمر بذلك قلت لا تناقض كما فى الشرنبلالية اذ المراد من قوله لم يأمر به أى لم يوجبه بناء على ان حقيقة الامر الايجاب (قوله لا له) أى لا يجوز الحفر له ذكره الشمنى ولا يربط ولا يمسك ولو هرب فان مقرا لا يتبع والا اتبع حتى يموت در وانما لا يجوز الحفر لما ذكره العينى عن أبى سعيد فوالله ما حفرنا لماعز ولا اوثقناه الحديث وقال عبد الله بن بريدة عن أبيه حفر للغامدية الى صدرها رواهما مسلم وأحمد وأبو داود انتهى قال ابن حجر فى التقريب عبد الله بن بريدة ثقة من الثالثة أى من اوساط التابعين مات سنة خمس ومائة وقيل بل خمس عشرة وله مائة سنة وبريدة هو ابن الحصيب بالمهملتين مصغرا أبو سهل الاسلمى صحابى اسلم قبل بدر مات سنة ثلاث وستين انتهى (قوله بلا اذن امامه) لما روى العبادلة الثلاثة موقوفا ومرفوعا أربعة الى الامام الحدود والصدقات والجمعات والفىء ولو فعله هل يسقط عن العبد أم يعيده الامام لم أره والظاهر أنه يعيده لما قدمناه من ان ركنه اقامة الامام أو نائبه نهر وانما ملك تعزير عبده لانه حق العبد شرنبلالية عن البحر (قوله مطلقا) فى مقابلة التفصيل الآتى عند الامام الشافعى (قوله وقال الشافعى له ان يقيم الحدود الخ) له ما ورد من انه عليه السلام أمر المولى باقامة الحد على أمته ولا يثرب عليها ولنا ما سبق بيانه عن العبادلة والتثريب التعيير والاستقصاء فى اللوم يقال لا تثريب عليك وقال الاصمعى ثربت عليه اذا قبحت عليه فعله كذا فى الصحاح (قوله فلا يرجم المجنون) هو باطلاقه شامل لما لو كان مفيقا وقت الزنى ولا ينافيه ما سبق من انه اذا كان زنى حالة الافاقة أخذ بالحد لانه محمول على ما اذا كان وقت اقامة الحد مفيقا أيضا اعلم انه كما لا يرجم المجنون وان كان وقت الزنى مفيقا بل تنتظر افاقته فكذا لا يجلد ان لم يكن محصنا بل تنتظر افاقته أيضا (قوله وهما بصفة الاحصان) وبقى شرط آخر وهو ان لا يبطل احصانهما بالارتداد فان بطل به ثم أسلم لا يعود الا بالدخول بعده وعن محمد لو لحقت الزوجة بدار الحرب مرتدة وسبيت لا يبطل احصان الزوج ولو زال بالجنون والعته يعود بالافاقة وعن الثانى لا يعود الا بالوطء بعده نهر لكن ما جعله فى النهر رواية عن أبى يوسف جعله الزيلعى مذهبا له (قوله حتى لو دخل بالمنكوحة الكتابية أو المجنونة الى قوله لا يكون محصنا) يعنى الا اذا دخل بها ثانيا بعد زوال جنونها ونحوه بان افاقت أو اسلمت وكذا يقال فى عكسه وهو ما ذكره الشارح بقوله وكذا اذا كان الزوج متصفا الخ لا تكون محصنة الا اذا دخل بها ثانيا بعد ما اسلم ونحوه كعتقه وافاقته وفى قول الشارح ثم وطئها الزوج الكافر ايماء الى ان المراد بالدخول فى كلامه أولا حقيقة الوطء لا ما يعم الخلوة (قوله وكذا اذا كان الزوج متصفا باحدى هذه الصفات الخ) ولهذا قال فى الدر تفريعا على الشرط السابع فاحصان كل منهما شرط لصيرورة الآخر محصنا (قوله ولم يتعرض الخ) أى لم يذكر انه هل يشترط دوام هذه الاوصاف الى حين الخ (قوله ما سوى النكاح والدخول) من المعلوم ان الدخول بمعنى الوطء كما سبق فعطفه على النكاح يعين ان المراد بالنكاح هنا العقد (قوله حتى لو ماتت امرأته الموطوءة الخ) وكذا لو طلقها كما فى التنوير والتقييد بالموطوءة للاحتراز عما لو ماتت أو طلقها قبل الوطء حيث لا يكون محصنا واعلم أنه لو ابدل هذه العبارة بقوله حتى لو مات أحدهما بعد الوطء لم يزل احصان الآخر لكان أولى اذ لا فرق بينهما فى هذا الحكم واعلم ان شرائط الاحصان نظمها بعضهم كما فى الدر فقال

شروط احصان اتت ستة * فخذها على النص مستفهما
بلوغ وعقل وحرية * ورابعها كونه مسلما
وعقد صحيح ووطء مباح * متى اختل شرط فلا يرجما

انتهى وأقول فى هذا النظم قصور لعدم ذكر الشرط السابع وهو أن يكونا بصفة الاحصان زمان الدخول

(لا له ولا يحد) المولى (عبده) او امته (بلا اذن امامه) مطلقا وقال الشافعى له ان يقيم الحد الذى هو محض حق الله تعالى ان عاينه بيده او اقر بين يديه وان ثبت بالبينة فله قولان وهذا اذا كان المولى ممن يملك اقامة الحد بولاية الامام فان كان مكاتبا او ذميا او امرأة فليس له ولاية اقامة الحدود على مملوكه (واحصان الرجم الحرية) فلا يرجم المرقوق وافرا كان اوناقصا (والتكليف) فلا يرجم المجنون والصبى (والاسلام) فلا يرجم الكافر وقال الشافعى الاسلام ليس بشرط وهو رواية عن ابى يوسف (والوطء بنكاح صحيح) فلا يرجم ما كان بنكاح فاسد او بشبهة وهما بصفة الاحصان زمان الدخول بحكم النكاح حتى لو دخل بالمنكوحة الكتابية او المجنونة او الصبية او المرقوقة لا يكون محصنا وكذا اذا كان الزوج متصفا باحدى هذه الصفات وهى حرة بالغة مسلمة بان اسلمت قبل ان يطأها ثم وطئها الزوج الكافر قبل ان يفرق بينهما فانها لا تكون محصنة بهذا الوطء ثم فى الكتاب شرط هذه الاوصاف ولم يتعرض الى حين اقامة الحدود وذكر فى المبسوط انه يشترط بقاء هذه الاوصاف ما سوى النكاح والدخول حتى لو ماتت امرأته الموطوءة أو مات هو لا يزول احصان واحد منهما ثم المعتبر فى الدخول الايلاج فى القبل

قوله شروط الخ الشرط الاول وزنه غير وزن ما بعده

(قوله على وجه يوجب الغسل) فلا يشترط الانزال (قوله ولا يجمع بين جلد ورجم) لانه عليه السلام لم يجمع بينهما فى ماعز ولا فى الغامدية ولا فى المرأة التى زنى بها العسيف بل رجمهم من غير جلد عينى وأما جلد على شراحة ثم رجمها فانما لانه لم يثبت عنده احصانها الا بعد جلدها أوهو رأى لا يقاوم اجماع الصحابة ولا ماذكرنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شرنبلالية ولانه لا فائدة فى الجلد عند استحقاق الرجم حموى (تتمة) قال الحافظ فى مقدمة الفتح العسيف وأبوه والمستأجر وامرأته لم اعرف اسماءهم (قوله ولا بين جلد ونفى) يقال نفى فلان من بلده اذا أخرج كذا فى المغرب وفيه رد لما ذهب اليه الشافعى من أن تمام حد غير المحصن ان يخرج بعد الجلد الى موضع بينه و بين الزانية مسيرة سفر حموى (قوله ولو غرّب الخ) قال المولى عزمى غرّب بقدر ما يرى من التغريب بعدا اوقربا على ما يظهر من كلام الزيلعى وأقول الذى فى الزيلعى عن النهاية المراد بالتغريب الحبس قال الشاعر

ومن يك امسى بالمدينة رحله * فانى وقيار بها لغريب

أى لمحبوس وهو أحسن واسكن للفتنة من نفيه الى اقليم آخر لانه بالنفى يعود مفسدا كما كان ولهذا كان الحبس حدا فى ابتداء الاسلام وحمل النفى فى قطاع الطريق عليه انتهى (قوله صح) أى سياسة وهذا لا يختص بالزنى بل فى كل جناية رأى الامام المصلحة فى النفى فله ذلك حموى عن البرجندى وظاهر كلامهم ان السياسة هى فعل شئ من الحاكم لمصلحة يراها وان لم يرد بذلك الفعل دليل خبرى بحر وسمعت من شيخنا تغمده الله برحمته ان الحكم بالسياسة شرع مغلظ الا أنه لا دخل للقاضى فيها ولا للمفتى ورأيت بخط السيد الحموى ان السياسة شرع مغلظ والسياسة نوعان سياسة ظالمة فالشريعة تحرمها وسياسة عادلة تخرج الحق من الظالم وتدفع كثيرا من المظالم وتردع أهل الفساد و يتوصل بها الى المقاصد الشرعية فالشريعة توجب المصير اليها والاعتماد فى اظهار الحق عليها وهى باب واسع فمن أراد تفصيلها فعليه بمراجعة كتاب معين الحكام للقاضى علاء الدين الاسود الطرابلسى الحنفى انتهى واياك ان تفهم من قوله فالشريعة توجب المصير اليها الخ أن يكون للقاضى أو المفتى دخل فيها وانما المراد ان يكون العمل بها جائزا شرعا بالنسبة لغير القاضى والمفتى كالسلطان ونائبه اذا غلب على ظنه ان ظهور الحق يتوقف على العمل بها (قوله لا يجلد حتى يبرأ) لانه شرع زاجرا لا متلفا ولهذا لا يقام الحد فى شدة الحر ولا فى شدة البرد وروى ان رجلا ضعيفا زنى فذكر ذلك سعد بن عبادة لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام اضربوه حده فقالوا يارسول الله ضعيف لو ضربناه مائة سوط قتلناه فقال عليه السلام خذوا عثكالا فيه مائة شمراخ ثم اضربوه ضربة واحدة قال ففعلوا زيلعى والعثكال والعثكول عنقود النخل والشمراخ شعبة منه وهو بالعين المهملة والثاء المثلثة بحر عن المغرب واستثنى فى الظهيرية ما اذا وقع اليأس من برئه فيقام عليه ولو كان نحيف البدن يقام عليه بقدر ما يطيق وما مر عن الظهيرية من أنه يؤخر الى برئه محمول على ما اذا لم يطق شيئا نهر (قوله والحامل لا تحد) لكن تحبس اذا كان زناها ثابتا بالبينة لا بالاقرار نهر قال الوانى وان ادعت المرأة انها حبلى لا يقبل قولها لكن القاضى يريها النساء فان قلن حبلى حبسها الى حولين فان لم تلد رجمها انتهى وهذا وان اطلقه يحمل على ما اذا ثبت زناها بالبينة والا لا تحبس يدل عليه ما نقلناه عن النهر من أن الحامل لا تحد لكن تحبس اذا كان زناها ثابتا بالبينة لا بالاقرار وما سبق عن الدرمن أنه اذا هرب فان كان مقرا لا يتبع (قوله مطلقا) سواء كان حدها الجلد أو الرجم لانه يخاف الهلاك على الولد وله حرمة الآدمى وان كان من الزنى لعدم الجناية منه ولما ورد من انه عليه السلام أخر الرجم عن الغامدية حتى وضعت حين اقرت بين يديه عليه السلام بانها حبلى من الزنى زيلعى (قوله وتخرج من نفاسها) لو كان حدها الجلد لان النفاس نوع مرض فينتظر البرء ولما ورد عن على انه اخر جلد الزانية حين أمره عليه السلام بجلدها فرآها حديثة عهد بالنفاس وخاف الهلاك عليها فاخبره بذلك فقال له عليه السلام احسنت زيلعى (قوله ترجم بعد الولادة فى الحال) لان التأخير لاجل الولد وقد انفصل زيلعى (قوله وعن أبى حنيفة تؤخر الى

ان يستغنى الولد الخ) لما روى من أنه عليه السلام أخر رجم الغامدية حتى استغنى ولدها وروى أنها اتت النبى صلى الله عليه وسلم فاقرت بالزنى وانها حبلى وامرته ان يطهرها فقال لها اذهبى حتى تلدى ثم اتته به بعد الولادة فقال اذهبى فارضعيه حتى تفطميه ثم أتته به بعد ان فطم وفى يده كسرة خبز فقالت هذا يانبى الله قد فطمته وقد اكل الطعام فدفع النبى صلى الله عليه وسلم الصبى الى رجل من المسلمين ثم أمر بها فحفر لها الى الصدر وأمر الناس فرجموها فاصاب الدم وجه خالد فسبها فسمع النبى عليه السلام سبه فقال مهلا ياخالد فوالذى نفسى بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفرله ثم أمر بها وصلى عليها ودفنت واعلم ان الرواية عنه عليه السلام اختلفت فروى عنه انه أخر الرجم عن الغامدية حتى استغنى ولدها وفطم وروى انه أمر برجمها حين وضعت حين تكفل رجل من الانصار بارضاع ولدها قال الزيلعى والتوفيق بين الحديثين انه يحتمل ان تكون امرأتان من غامد فاخر رجم احداهما الى ان فطم ولدها دون الاخرى ويحتمل ان تكون احداهما من قبيلة أخرى فغلط الراوى (قوله الى أن يستغنى الولد الخ) وبهذه الرواية جزم فى المختار واستحسنها فى النهر قلت يؤخذ منه انه اذا لم يستغن الولد وليس له من يقوم به تؤخر الى استغنائه بالطريق الاولى حموى

(باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لا يوجبه)

لقيام الشبهة اذ الشبهة دارئة للحد بالاجماع لقوله عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات ما استطعتم وهذا الحديث تلقته الامة بالقبول كما فى الدرر ولا التفات الى خلاف ابن حزم الظاهرى واصحابه الظاهرية شيخنا قال والمراد من كون الشبهة دارئة للحد أى دافعة له قال فى المختار درأ دفع وبابه قطع انتهى وأخر هذا الباب لان النوع بعد وجود نفس الشئ حموى عن المفتاح وذكر فى النهر ان ما اشتمل عليه هذا الباب تفصيل لما قدمه المصنف من الزنى الموجب للحد (قوله لا حد بشبهة المحل) وهى النافية للحرمة ذاتا على معنى انا لو نظرنا الى الدليل مع قطع النظر عن المانع يكون منافيا للحرمة ولما كان الخلو عن الشبهة مأخوذا فى تعريفه أى تعريف الزنى ومنها ما لا يعتبر شبهة بدا بيان الشبهة نهر ومتى ادعى شبهة بغير اكراه سقط الحد بمجرد دعواه ولا يسقط بدعوى الاكراه الا أن يقيم البينة بحر ووجهه انه اذا ادعى الاكراه يكون مقرا بوجوب الحد عليه الا أنه يدعى سقوطه بخلاف دعوى الشبهة بغير اكراه شيخنا واعلم ان المراد بالمحل فى قوله لا حد بشبهة المحل هو الموطوءة صرح به العينى وقال الزيلعى أى لا يجب بشبهة وجدت فى المحل وان علم حرمته لان الشبهة اذا كانت فى الموطوءة ثبت فيها الملك من وجه فلم يبق معه اسم الزنى فامتنع الحد لان الدليل المثبت للحل قائم وان تخلف عن اثباته حقيقة لمانع فاورث شبهة فلهذا سمى هذا النوع شبهة فى المحل لانها نشأت عن دليل موجب للحل فى المحل بيانه ان قوله عليه السلام انت ومالك لابيك يقتضى الملك لان اللام فيه للملك الخ (قوله وتسمى هذه الشبهة شبهة حكمية وشبهة ملك) أى الثابت شبهة حكم الشرع بحل المحل نهر عن الفتح (قوله وذا بقيام دليل الخ) كان الصواب ان يقول وذى لان الاشارة للشبهة وهى مؤنثة وقد يقال انما ذكر اسم الاشارة الراجع للشبهة لان الشبهة لا مذكر لها اذ لا يقال فى المذكر شبه وانما يجب تمييز المؤنث عن المذكر حيث كان هناك مذكر او يقال ذكره لتأويل الشبهة بالاشتباه حموى (قوله وان ظن الواطئ أو علم) فيه انه لا مباينة بين الظن والعلم حتى يصح العطف بأو حموى لان علم الفقهاء ظنى شيخنا (قوله كوطء أمة ولده الخ) ولهذه المسائل اخوات منها الجارية المبيعة فى حق البائع قبل التسليم لانها فى ضمانه و يده وتعود الى ملكه بالهلاك قبل التسليم وكان مسلطا على الوطء بالملك واليد وقد بقيت اليد فتبقى الشبهة وكذا فى البيع الفاسد قبل القبض وبعده لانه ثبت له حق الملك فيها وكذا اذا كان بشرط الخيار ومنها جارية مكاتبه أو عبده المأذون له وعليه دين محيط بماله و رقبته لان له حقا فى كسب عبده

فكان شبهة فى حقه ومنها الجارية المهورة قبل التسليم فى حق الزوج لما ذكرنا من المعنى فى المبيعة ومنها جاريته المشتركة بينه وبين غيره لان ملكه فى البعض ثابت حقيقة فتكون الشبهة فيها أظهر ومنها المرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الرهن زيلعى ولا فرق بين ان يكون الخيار للمشترى او للبائع ويدخل فيه وطء الرجل من الغانمين قبل القسمة جارية من الغنيمة بعد الاحراز بدار الاسلام أو قبله وفيه عن الفتح ينبغى ان يزاد جاريته التى هى أخته من الرضاع وجاريته قبل الاستبراء والزوجة التى حرمت بردتها او مطاوعتها لابنه أو جماعه لامها أو بنتها ثم جامعها وهو يعلم انها عليه حرام فلا حد عليه ولا على قاذفه لان بعض الائمة لم يحرم به فاستحسن ان يدرأ بذلك الحد وروى الحسن عن أبى حنيفة انه اذا زنى بامة ثم اشتراها لا حد عليه وان زنى بحرة ثم تزوجها فعليه الحد والفرق انه بالشراء يملك عينها فيجعل الطارئ قبل الاستيفاء أى قبل استيفاء الحد كالمقترن بالسبب كما لو ملك المسروق قبل القطع يمتنع القطع فاما بالنكاح لا يملك عين المرأة بحر ومقتضى هذا الفرق انه لا يسقط عنه الحد اذا تزوج الامة بعدما زنى بها مع انه حكى فيه خلافا ونقل الحموى عن الظهيرية انه اذا زنى بالمغصوبة ثم ضمن قيمتها لا حد عليه ولو زنى بامة ثم اشتراها حد فى ظاهر الرواية وعن الامام انه لا يحد ويحد فى قول أبى يوسف وقياس هذا فى المغصوبة انه يحد عندهما خلافا له انتهى (قوله وولد ولده) وان سفل ولو ولده حيا وان لم يكن له ولاية تملك ماله حال قيامه شرنبلالية عن الفتح واعلم ان تعبير المصنف بالولد أولى من تعبيره فى الدرر بالابن اذ لا فرق فى هذا بين الذكر والانثى كما فى الشرنبلالية أيضا واعلم ان الشبهة فى الامة التى لا وارث لها من قبيل الشبهة فى المحل شيخنا (قوله ومعتدة الكنايات) لانها رواجع عند بعض الصحابة ومنها الخلع اذا خلى عن المال نهر لكن فى الشرنبلالية بخلاف وطء المختلعة لانها ليست من ذوات الشبهة الحكمية واخطأ من بحث وقال ينبغى كونها من ذوات الشبهة الحكمية كذا فى الفتح انتهى والمراد ببعض الصحابة القائل بأن الكنايات رواجع هو سيدنا عمر وابن مسعود شيخنا (قوله ان ظن حله) سواء كان الرجل أو المرأة فانه يسقط الحد عنهما شيخنا عن الشيخ حسن والمراد من ظن الحل دعوى الظن وان لم يحصل له الظن وماذكره العينى من تقييده بالواطئ حيث قال ان ظن الواطئ حله اما ان يقال انه اتفاقى اوهو مخرج على ما رواه الحسن عن أبى حنيفة من ان الشبهة فى جانب المرأة لا تعتبر حتى اذا ادعت الحل ولم يدع الرجل حد كما سيأتى (قوله وتسمى هذه الشبهة شبهة اشتباه) أى شبهة فى حق من حصل له اشتباه درء فالاستناد الى غير دليل الحل اشتباه وظنه الحل منه شبهة شيخنا (قوله وهو وان يظن الخ) الضمير راجع للشبهة وذكر باعتبار اكتسابه التذكير من المضاف اليه ويقال فيما تقدم مثله حموى (قوله ان ظن غير دليل الحل دليلا) قال فى النهر وتثبت باشتباه غير الدليل دليلا لم يقل بظن لان الظن هو نفس الشبهة كذا فى ايضاح الاصلاح (قوله وهو يتحقق الخ) عبارة الدرر وهى تتحقق فى حق من اشتبه عليه لا من لم يشتبه عليه (قوله فى حق من اشتبه عليه) أى الحرمة بالحل حموى (قوله أولم يعلم) أى الحرمة وفى العطف باو على ما قبله تأمل حموى (قوله أو يعلم) فى العطف باو تأمل حموى (قوله فلابد من الظن الخ) كقوم سقوا خمرا يحد من علم منهم انه خمر لا من لم يعلم درر وقوله فلابد من الظن أى من دعوى الظن والا فمجرد الظن القائم به لا يحقق الشبهة حموى ولو ادعى ظن الحل أحدهما فقط لم يحدا حتى يقرا جميعا بعلمهما بالحرمة نهر وعن هذا ذكر بعضهم ان كل ما انتفى الحد عن الرجل انتفى عن المرأة وهو منقوض بزنى المكره بالمطاوعة والمستأمن بالذمية والمسلمة بحر (قوله كمعتدة الثلاث) ولو جملة دررا والبائن على مال وكذا المختلعة اما البائن على غير مال فمن الحكمية نهر فان قلت ذكر صاحب النهر المختلعة هنا يشكل بما وقع منه فيما سبق حيث قال بعد قول المصنف ومعتدة الكنايات ودخل فى الكنايات الخلع اذا خلى عن المال وعزاه الى النسفى قلت ما سبق خطأ وان جرى عليه بعضهم كشارح التنوير وغيره كما تقدم التنبيه عليه معزيا للشرنبلالية (قوله أى كوطء معتدة الثلاث) كذا أم ولده التى أعتقها وهى فى عدته (قوله

كما

وطء امة (ولد ولده و) وطء (معتدة الكنايات) بان قال لها أنت بائن أو نحو ذلك وأراد به البينونة أو الثلاث ثم جامعها فى عدتها (و) لا حد (بشبهة الفعل ان ظن حله) وتسمى هذه الشبهة شبهة اشتباه وهو ان يظن غير دليل الحل دليلا وهو يتحقق فى حق من اشتبه عليه أولم يعلم دون من لم يشتبه عليه أو يعلم فلابد من الظن لتحقق الاشتباه (كمعتدة الثلاث) أى كوطء معتدة الثلاث

كما اذا طلق امرأته ثلاثا ناصر بحا) قيد به لانه لو نواها أى الثلاث بالكنايات فوقعن فوطئها فى العدة وقال علمت انها حرام لا يحد لكون الشبهة حينئذ من قبيل الشبهة الحكمية وهذه يلغز بها فيقال أى مطلقة ثلاثا وطئت فى العدة وقال علمت حرمتها ولا يحد وهى من وقع عليها الثلاث بالكناية شرنبلالية عن الفتح (قوله وقال ظننت انها تحل) معناه انه علم ان الزنى حرام لكنه ظن ان وطأه هذه ليس زنى محرما شرنبلالية عن الفتح وذكر فيها من موضع آخر انه لو اعتقد الحل تجرى عليه أحكام المرتدين فليتنبه له انتهى (قوله وأمة أبويه) لو قال أصله وان علا لكان أولى لشمول الاجداد والجدات شرنبلالية وذكر السيد الحموى انه أراد بالاب والام الاصل قال وهذا أولى من دعوى التغليب فان قال انها حرام يحد وان قالت الامة ظننت انه يحل لى ولم يدع الرجل ذلك لم يحد حتى يقرا انهما علما بالحرمة لان الشبهة فى أحد الجانبين تسرى الى الآخر وروى الحسن عن أبى حنيفة ان الامة اذا ادعت الحل ولم يدع الرجل حد لان المرأة تابعة فى فعل الزنى والشبهة فى جانب التابع لا تعتبر حموى عن البرجندى وظاهر الرواية الاول واعلم ان الابن اذا وطئ جارية الاب مرارا وقد ادعى الشبهة فعليه لكل وطء مهر وان كان الاب وطئ جارية ابنه فعليه مهر واحد وكذا اذا وطئ جارية امرأته يجب عليه لكل وطء مهر حموى عن الولوالجى (قوله وأمة زوجته) فان غنى الزوج بمال زوجته المستفاد من قوله تعالى ووجدك عائلا فأغنى أى بمال خديجة رضى الله عنها قد يورث شبهة ان مال الزوجة ملك الزوج درر وقوله ووجدك عائلا أى فقيرا قال فى المختار العيلة والعالة الفاقة يقال عال يعيل عيلة وعيولة أى افتقر فهو عائل وكما لا حد على من وطئ أمة امرأته اذا ظن الحل فكذا لا يحد قاذفه ولا الموطوءة لان الشبهة لما تحققت فى الفعل نفت الحد عن طرفيه شرنبلالية عن الكمال (قوله أى لا فى الثانية) لان الفعل فيه تمحض زنى لفرض ان لا شبهة ملك الا ان الحد سقط لظنه فضلا من الله تعالى وهو أمر راجع اليه لا الى المحل ولهذا لم يجب به عدة ولم يتمحض فى الاول وهذا الاطلاق مقيد بغير المطلقة ثلاثا لما مر فى ثبوت النسب من ان نسب ولد معتدة الثلاث يثبت بغير دعوة اذا جاءت به لاقل من سنتين ويحمل على انه وطئها فى العدة لشبهة عقد فان جاءت به لاكثر لا يثبت الا بالدعوة ويحمل على وطء سابق على الطلاق وما فى الشرح من انه يثبت أيضا بوطء أجنبية زفت وقال النساء هى زوجتك وظهر بخلافه مع ان الشبهة فى الفعل رأى طائفة نهر ولهذه المسائل أيضا اخوات منها المطلقة على مال لان حرمتها ثابتة بالاجماع فصارت كالمطلقة ثلاثا ومنها أم الولد اذا أعتقها مولاها لثبوت حرمتها بالاجماع ومنها المرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الحدود وهو المختار ومستعير الرهن بمنزلة المرتهن نهر وثمرة اختلاف الرواية فى وطء المرتهن تظهر فيما اذا وطئها عالما بالحرمة فان قيل فعلى هذا وجب ان يجب الحد على المرتهن مطلقا اشتبه عليه أم لم يشتبه كما فى الجارية المستأجرة للخدمة وكجارية الميت فى حق الغريم قلنا الاستيفاء سبب لملك المال فى الجملة وملك المال سبب لملك المتعة فى الجملة فحصل الاشتباه بخلاف المستأجرة وجارية الميت لان الاجارة لا تفيد ملك المتعة بحال والغريم لا يملك عين التركة وانما يستوفى حقه من الثمن ولو ملك العين أو تعلق حقه بها لما جاز بيعها الا باذنه كالرهن زيلعى ومنه يعلم جواب حادثة سئل عنها الفقير وهى ان شخصا مات وعليه دين فبيعت دار من التركة لايفاء ما عليه من الدين ثم ظهر دين آخر فهل بيع الدار صحيح ولا يتعرض للمشترى بحال ويوفى الدين الذى ظهر من باقى التركة أم لا فأجبت بأن البيع صحيح لعدم توقف الصحة على اذن الغريم سواء بقى من التركة ما يكون فيه وفاء بما ظهر من الدين أم لا فان كان فيه وفاء يوفى وان لم يكن رجع على الغريم الاول ليشاركه فيما قبض من الثمن فيقسم بينهما على قدر دينهما وهذا اذا استوى الدينان بأن كان كل منهما دين صحة أو مرض اما اذا اختلفا قدم دين الصحة على دين المرض وبيان الفرق بين الدينين سيأتى فى محله بقى ان ما سبق من قول الزيلعى قلنا الاستيفاء سبب لملك المال الخ الظاهر ابدال الاستيفاء بالتوثق (قوله وحد بوطء أمة أخيه وعمه) وان ظن حله لانتفاء الشبهة فى الملك وفى الفعل لعدم انبساط كل بمال الآخر فدعوى ظنه الحل غير معتبرة

كما اذا طلق امرأته ثلاثا ناصر بحا فوطئها فى العدة وقال ظننت انها تحل لى لا يحد وان قال علمت انها تحرم يحد (و) كوطء (أمة أبويه و) أمة (زوجته) خلافا لزفر (و) أمة (سيده والنسب يثبت) بالدعوة (فى) المسئلة (الاولى فقط) أى لا فى الثانية وان ادعاه (وحد بوطء أمة أخيه وعمه وان ظن حله) والتقييد بهما اتفاقى لان الحكم لا يختلف فى إماء سائر المحارم سوى الولاد

وأورد انه لو سرق من هؤلاء لا يقطع فظاهره ان بينهما انبساطا وأجيب بأن القطع منوط بالاخذ من الحرز وهو منتف لدخوله في بيتهم بلا استئذان عادة اما الحد فمنوط بعدم الحل وشبهته وهو ثابت هنا نهر ولهذا لو سرق الضيف من المضيف لا يقطع ولو زنى بجارية يحد زيلعي (قوله وحد بوطء امرأة وجدها على فراشه) ولو كان أعمى اذ بعد طول الصحبة لا تخفى عليه امرأته والاعمى يميز بالحركات المألوفة الا اذا دعاها فاجابته أجنبية قائلة أنا زوجتك أو أنا فلانة يعني باسم زوجته درر لان الاخبار دليل وقيد بقولها لانها لو أجابته بالفعل ولم تقل ذلك فواقعها يجب الحد وبأنا زوجتك ونحوه لانه لو اقتصرت على الجواب بنعم فوطئها حد لانه يمكنه التمييز بأكثر من ذلك نهر واذا وجب الحد على الاعمى فلان يجب على البصير ولو كان في ليلة مظلمة بالطريق الاولى فما في الشرنبلالية عن الخانية من انه يحد بوطء أجنبية وجدها على فراشه ولو في ليلة مظلمة لا حاجة اليه للاستغناء عنه بما في الدرر من قوله ولو هو أعمى كما لا يخفى واعلم ان تعليل المسئلة بقولهم اذ بعد طول الصحبة الخ مأخوذ من تقييد قاضيخان بقوله وله امرأة قديمة قال في الشرنبلالية وينظر ماذا يكون به قدمها وان جاءت بولد يثبت نسبه لما ذكر من قريب في المزفوفة زيلعي وهذه ترد على كل من المصنف والشارح حيث قال والنسب يثبت في الاولى فقط أي لا في الثانية الخ ولهذا تعقبه الحموي بقوله فيه انهم قد صرحوا بثبوت النسب في وطء الاجنبية التي زفت اليه مع انها شبهة في الفعل انتهى وفي كون النسب يثبت من الاجنبية التي زفت كلام يعلم بمراجعة النهر (قوله أي لا يحد بوطء أجنبية زفت الخ) لانه اعتمد على دليل شرعي في موضع الاشتباه ولا يحد قاذفه لانه وطء حرام في غير الملك فيسقط به احصانه وعن أبي يوسف لا يسقط عيني (قوله وقيل هي زوجتك) لم يقل وقلن لان خبر الواحد كاف نهر عن ايضاح الاصلاح وظاهر كلامهم يفيد ان الحد لا يسقط بمجرد زفافها اليه بل لا بد من ان ينضم الى ذلك قول انها زوجتك (قوله وعليه المهر) لان الوطء في دار الاسلام لا يخلو عن حد أو مهر وقد سقط الحد فوجب المهر الا في وطء جارية الابن اذا علقت منه وادعى النسب وفيما اذا وطئ البائع المبيعة قبل التسليم وينبغي ان لا يجب بوطء جارية السيد لان المولى لا يجب له دين على عبده الا ان يقال وجب ثم سقط كذا في الشرح ولو وطئ العبد سيدته بشبهة ينبغي ان لا مهر أيضا اخذا من ان المولى لا يستوجب على عبده حقا زاد في الاشباه ما لو نكح صبي بالغة حرة بغير اذن وليه ووطئها طائعة فلا حد ولا مهر أيضا وعلله في المجتبى بأن فعل الصبي غير معتبر وقال في البحر ولا يرد يعني على ما في الشرح ما لو زنى صبي بامرأة بالغة مطاوعة قالوا لا حد عليه ولا مهر لاسقاطها حقها حيث مكنته لان المهر وجب لكنه سقط لما ذكرنا انتهى وهذا يأتي فيما لو نكح أيضا ومنه لو وطئ حربية أو وطئ الموقوف عليه الموقوفة أو وطئ المرتهن الرهن باذن الراهن ففي هذه الثلاثة ينبغي ان لا يجب المهر أيضا ولم أره انتهى وأنت قد علمت بأن مسئلة الرهن منقولة ففي رواية كتاب الحدود يجب الحد وهو الراجح وهذا باطلاقه يعم ما لو أذن الراهن اذ الفروج لا تباح به وعلى رواية كتاب الرهن لا يجب وهذا أي عدم الوجوب على هذه الرواية مع الاذن أولى نهر وظاهر ان المراد من قوله ففي رواية كتاب الحدود يجب الحد يعني ان لم يدع ظن الحل اذ مع دعوى الظن لا يحد باتفاق الروايات واعلم ان ما في الدرر وجرى عليه في الدر من قوله عقب قول المصنف وعليه مهرها أي التي زفت بذلك قضى عمر بالعدة فيه نظر لان الذي قضى بذلك علي كما صرح به الزيلعي وكان عمر يجعله في بيت المال كأنه جعله حق الشرع كما ان الحد حق له وهذا كالعوض عنه والمختار قول علي لان الوطء كالجناية عليها وارش الجنايات للمجني عليه ولو كان عوضا عن الحد لوجب على المرأة لان الحد ساقط عنها انتهى (قوله ولا يحد بمحرم) نسبا أو رضاعا أو صهرية نهر وهذا هو الشبهة في العقد ومن الشبهة في العقد وطء المتزوجة بغير شهود أو بغير اذن المولى أو وطء أمة تزوجها على حرة أو تزوج خمسا في عقدة ووطئهن او وطئ مجوسية او مشركة تزوجها او جمع بين أختين في عقدة أو الاخيرة لو متعاقبا في جميع ذلك لا يجب الحد عنده كيفما كان عيني وسياق كلام البحر يقتضي انه لا حد عليه بوطء منكوحة الغير أو معتدته

(و) حد بوطء (امرأة وجدها على فراشه) وان قال الواطئ ظننت انها امرأتي (لا) يحد (باجنبية) أي لا يحد بوطء أجنبية (زفت) اليه (وقيل هي زوجتك و) لكن (عليه المهر) أي مهر المثل وعليها العدة (و) لا يحد (بمحرم نكحها)

أو مطلقته الثلاث بعد العقد عليهن بالاتفاق على الاظهر وذكر في الدرانه حرر في الفتح ان الشبهة في العقد من الشبهة في المحل وفيها يثبت النسب كما مر انتهى (تتمة) اذا تزوج بذات رحم محرم منه نحو الام والبنت والاخت والخالة والعمة أو تزوج امرأة أبيه أو امرأة ابنه ودخل بها لا حد عليه في قول أبي حنيفة وعليه مهر مثلها بالغا ما بلغ وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي ان علم انها ذات رحم محرم منه عليه الحد ولا مهر لها عليه وان لم يعلم كان عليه المهر ولا حد عليه حموي عن قاضيخان من باب المهر (قوله مطلقا) أي سواء علم الحرمة أو لا حموي فان قلت هذا مشكل لان استباحة الزنى كفر كما في الشرنبلالية وغيرها قلت قال في البحر ان مسائلهم هنا تدل على ان من استحل ما حرم الله على وجه الظن لا يكفر وانما يكفر اذا اعتقد الحرام حلالا الخ فما في الشرنبلالية من تقييد المسئلة بما اذا كان يعتقد حرمة الزنى اذ لو اعتقد الحل تجري عليه أحكام المرتدين فيه نظر لا يخفى لما فيه من التنافي لان اعتقاد حرمة الزنى لا يبقى مع ظنه الحل ثم ظهر انه لا منافاة لما قدمناه من ان المراد بظن الحل دعوى الظن وان لم يحصل له الظن (قوله ولكن يوجع عقوبة الخ) وهي أشد ما يكون من التعزير سياسة وعليه المهر أيضا شرنبلالية عن الكمال (قوله ان علم بذلك) أي بكونها محرما له حموي (قوله وعندهما وعند الشافعي يحد الخ) لان العقد لم يصادف محله يعني بالنسبة الى هذا العاقد فيلغو كما اذا أضيف الى الذكور ولابي حنيفة ان العقد صادف محله يعني محليتها لنفس العقد لا بالنظر الى خصوص العاقد لان محل التصرف ما يقبل مقصوده والانثى من بني آدم قابلة للتوالد والتناسل وهو المقصود وكان ينبغي ان ينعقد في جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل لدليل فيورث شبهة والفتوى على قولهما شرنبلالية عن البزازية فالمصنف مشى هنا على خلاف المفتى به لكن في تصحيح القدوري للعلامة قاسم ما معناه ان عامة المصنفين اختاروا واعتمدوا قول أبي حنيفة وان الفتوى عليه حموي (قوله ولا يحد باجنبية في غير القبل مطلقا) أي لا جلدا ولا رجما ان كان محصنا (قوله ولكن يعزر) قال في الدرر بنحو الاحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من محل مرتفع باتباع الاحجار وفي الحاوي والجلد اصح وفي الفتح يعزر بالحبس حتى يموت أو يتوب ولو اعتاد اللواطة قتله الامام سياسة وفي النهر عن البحر التقييد بالامام يفهم ان القاضي ليس له الحكم بالسياسة وفي الجوهرة الاستمناء حرام وفيه التعزير ولو مكن امرأته أو أمته من العبث بذكره فانزل كره ولا شئ عليه ولا تكون اللواطة في الجنة على الصحيح لانه تعالى استقبحها وسماها خبيثة والجنة منزهة عنها أي عن الخبائث فتح وفي الاشباه حرمتها عقلية فلا وجود لها في الجنة وقيل سمعية فتوجد وقيل يخلق الله تعالى طائفة نصفهم الاعلى كالذكور والاسفل كالاناث والصحيح الاول وفي البحر حرمتها أشد من الزنى لحرمتها عقلا وشرعا وطبعا والزنى ليس بحرام طبعا وتزول حرمته بتزوج وشراء بخلافها وعدم الحد لا لخفتها بل للتغليظ لانه مطهر على قول وفي الدر عن المجتبى يكفر مستحلها عند الجمهور واعلم ان عطف اللواطة على ما قبله للمغايرة لان اتيانها في غير القبل يشمل السرة عيني لكن قال في النهر وأنت خبير بانه فيها أي السرة لا يسمى وطأ والظاهر ان اللواطة خاصة بالذكر لانها عمل قوم لوط وكانوا لا يأتون غيرهم الخ والحاصل ان العطف للمغايرة حتى على ما ذكره في النهر وان اختلف التوجيه فوجه المغايرة على ما ذكره في النهر اختصاص اللواطة باتيان الذكر في دبره وعلى ما ذكره العيني ان اتيان الاجنبية في غير القبل يشمل غير الدبر كالسرة وكلامه يشير الى ان اتيان الانثى في دبرها يكون لواطة أيضا وبه صرح في البحر وللواطة احكام أخر لا يجب بها المهر ولا العدة في النكاح الفاسد ولا في المأتي بها للشبهة ولا تحل للزوج الاول في النكاح الصحيح ولا تثبت بها الرجعة ولا حرمة المصاهرة عند الاكثر ولا الكفارة في رمضان في رواية ولو قذف بها لا يحد خلافا لهما وقدمنا انه يجب الغسل بها على الفاعل والمفعول بحر واعلم انهم اختلفوا في الشهادة على اللواطة فعند أبي حنيفة يكفي عدلان وعندهما لا بد من أربعة كالزنى وبه قال الشافعي حموي وعزاه في الشرنبلالية الى السراج واما في اتيان البهيمة فالاصح انه يقبل فيه عدلان عند اصحابنا جميعا ولا يقبل فيه شهادة النساء شرنبلالية

مطلقا ولكن يوجع عقوبة ان علم بذلك عند أبي حنيفة وعندهما وعند الشافعي يحد ان علم بالحرمة والا لا (و) لا يحد (باجنبية في غير القبل) مطلقا (أو بلواطة) عند أبي حنيفة ولكن يعزر ويوضع في السجن حتى يتوب وعندهما وهو أحد قولي الشافعي يحد حد الزنى فيجلد ان لم يكن محصنا ويرجم ان كان محصنا

عن السراج أيضا (تتمـــة) ماسبق معزيا للدررمن انه يعزر فى اللواطة بنحوالاحراق يستقيم بناء على ان الاحراق ونحوه هوالمرادمن قوله فعندأبى حنيفة يعزربامثال هذه الامور وبه صرح فى الشرنبلالية ويخالفه ماذكره عزمى زاده حيث ذكران المرادبامثال هذه الامور هو وطء اجنبية زفت اليه ووطء محرم نكحهاو وطء بهيمة واتيان فى دبرفان التعزير فى مثل هذه المسائل عنده أى عندأبى حنيفة مذكور فى كلام الزيلعى وغيره الخ (قوله وذكر فى الروضة) أى للزندوستى حموى (قوله ولوفعل بعبده أوأمته) ولايكفر باستحلاله بمملوكه شرنبلالية عن التتارخانية قال يعلم ولا يعلم وقوله ولا يعلم أى عدم الكفر والافهوحرام (قوله لايحداجماعا) وانما يعزر حموى (قوله وقال الشافعى فى قول يقتلان بكل حال) أى محصنين كانا أولا حموى (قوله وعندأبى يوسف تحرق ويضمن) كذا فى الكافى وظاهره انه لاقول لمحمدولكن الذى فى الزيلعى والاختيار ان قول محمد كقول أبى يوسف ثم ظاهر هذا ان صاحبها يدفعها جبراوعبارة الزيلعى والاختيارهذا اذا كانت البهيمة للفاعل وان كانت لغيره يطالب صاحبها ان يدفعها اليه بقيمتها ثم يذبحها انتهى فظاهره انه لايجبر حموى (قوله ولا بزنى فى دار حرب أوبغى) يعنى فى غيرمعسكرالخليفة أوأميرالمصر بان خرج من عسكر من له ولاية اقامة الحدود فدخل دارالحرب وزنى ثم عاد أوكان مع أميرسرية أوأميرعسكر فزنى ثمة أوكان تاجرا أواسيرا امالوزنى وهومع عسكرمن له ولاية اقامة الحدفانه يحد بخلاف أمير العسكر أوالسرية لانه انما فوض لهما تدبيرالحرب لالاقامة الحدود وولاية الامام منقطعة ثمة شرنبلالية عن الفتح (قوله اذاخرج الينا) فاقر به اواقيمت عليه البينة به من غيرتقادم لانه لم ينعقد سببا للايجاب حال وجوده لان احكامنا لاتصل اليهم فلاينقلب موجبا بالخروج نهر (قوله وعندالشافعى يحدفيهما) لان المسلم ملتزم احكام الاسلام حيث كان وبه قال مالك وأحمد ولنا قوله عليه السلام لاتقام الحدود فى دارالحرب وأهل البغى التحقوا بأهل الحرب لعدم قدرة الامام عليهم فان قيل هذا معارض لقوله تعالى فاجلدوا فلا يقبل قلنا خص منه مواضع الشبهة فيجوز تخصيصه بخبرالواحدوالقياس زيلعى واعلم ان قوله بخبر الواحد يرجع للاستدلال على عدم الحدلوكان الزنى فى دارالحرب وقوله والقياس يرجع للاستدلال على عدمه لوكان فى دار بغى ومنه تعلم مافى كلام العينى من القصور حيث اكتفى بالحديث فى الاستدلال على عدم الحدفى الفصلين وأهل البغى طائفة من المسلمين خرجوا على الامام ولهم قوة وشوكة ومنعة ويخالفون بعض احكام المسلمين بالتأويل حموى عن شرح باكير (قوله ولايحد بزنى حربى) الصواب فى المزج ولاحد وكذاماسيأتى من قوله ولايحد بزنى صبى حموى (قوله ثم رجع وقال يحدان) ولوكان بالعكس بان زنى ذمى أومسلم بمستأمنة يحدالذمى والمسلم دون المستأمنة عندأبى حنيفة ومحمدوعندأبى يوسف تحد المستأمنة أيضا والاصل لابى يوسف ان الحدود كلها تقام على المستأمن والمستأمنة فى دارنا الاحد الشرب وعندالامام لايقام على المستأمن والمستأمنة شئ من الحدود الاحدالقذف ومحمد يقول كذلك غيرانه يقول فعل الرجل أصل وفعل المرأة تبع فامتناع الحدفى حق الاصل يوجب امتناعه فى حق التبع زيلعى (قوله بزنى صبى أومجنون بمكلفة) وعبارات اصحابنا ان فعلها أى المكلفة مع الصبى والمجنون ليس بزنى تشيرالى ان احصانهالايسقط بذلك ثم وطء الصبى يوجب المهراذا كانت الموطوءة صغيرة أوكبيرة غيرمطاوعة أوأمة وان كانت الموطوءة كبيرة مطاوعة لايجب لهاعليه المهر زيلعى (قوله بخلاف عكسه) والفرق ان فعل الرجل أصل فى الزنى والمرأة تابعة له وامتناع الحد فى حق الاصل يوجب امتناعه فى حق التبع على مامر وامتناعه فى التبع لايلزم فى حق الاصل نهر (قوله بمستأجرة) ولكن يعزران أشد التعزير حموى (قوله ليزنى بها) يشيرالى ان الخلاف مقيدبمااذا استأجرها للزنى فلو للخدمة فزنى بهافانه يحد بلاخلاف عينى (قوله وعندهما يحد) وهوقول الشافعى لانه ليس بينهما ملك ولاشبهة ملك فكان زنى محضا وبه قالت الثلاثة وله ماروى ان امرأة طلبت من رجل مالا فأبى ان

وذكر فى الروضة ان الخلاف فى الغلام امالووطئ امرأة فى دبرها حدبلاخلاف والاصح ان الكل على الخلاف نص عليه فى الزيادات هذا اذافعل بالاجانب ولوفعل بعبده أوأمته أو زوجته بنكاح صحيح أوفاسد لايحد اجماعا وقال الشافعى فى قول يقتلان بكل حال (و) لايحد (ببهيمة) عندنا ثم ان كانت الدابة مما لايؤكل تذبح ثم تحرق بالنار ولاتحرق قبل الذبح وضمن الواطئ قيمتها ان كانت غيره وان كانت مما يؤكل تذبح وتؤكل عندابى حنيفة ولاتحرق وعندأبى يوسف تحرق ويضمن ان كانت لغيره واعلم ان الاحراق ليس بواجب عندنا وانما يفعل لئلا يعيربه الرجل (و) لايحد (بزنى فى دارحرب أوبغى) اذاخرج الينا وعندالشافعى يحدفيهما (و) لايحد بزنى حربى) مستأمن (بذمية) أومسلمة (فى حقه) أى الحربى وحدت الذمية أوالمسلمة عندأبى حنيفة وعندمحمد لاحد على كل واحدمنهما وهوقول أبى يوسف أولا ثم رجع وقال يحدان (و) لايحد (بزنى صبى أومجنون بمكلفة) طاوعته عليهما وعند زفروالشافعى يجب الحد عليها وهورواية عن أبى يوسف بخلاف عكسه أى ان زنى عاقل بالغ بمجنونة أوصبية يجامع مثلها حد الرجل خاصة اجماعا (و) لايحد (بالزنى بمستأجرة) ليزنى بها عند أبى حنيفة وعندهما يحد وهوقول الشافعى (و) لايحد بالزنى (باكراه)

يعطيها

يعطيها حتى تمكنه من نفسها فدرأ عمر عنهما الحد وقال هذامهرها ولان الله تعالى سمى المهراجرة فصارت شبهة ولهذا لوقال امهرتك كذالازنى بك لم يجب الحد فكذا اذا قال استأجرتك أوخذى هذا لاطأك أومكنينى من نفسك بكذاعينى وقوله ولهذا لوقال امهرتك الخ يفيدعدم الحدبالاتفاق لذكره على وجه الاستشهاد وهم انما يستشهدون بالمتفق عليه لكن فى النهر عن الفتح والحق فى هذا كله وجوب الحد (قوله من السلطان) ولو بأمرمنه نهرعن جامع الفصولين وظاهراطلاق المصنف الاكراه يفيداختيار قولهما وظاهر عبارة الهداية اختيارقول أبى حنيفة حموى (قوله وكان أبوحنيفة يقول أولا يحد) لان انتشارالآلة دليل على تحقق الاختيارعينى (قوله ثم رجع وقال لايحد) لان انتشارها كما يقع طوعا قديقع طبعا كما فى حق النائم فاورث شبهة عينى وتقدم انه ان ادعى الشبهة بالاكراه لاتقبل مالم يقم البينة بخلاف دعواه الشبهة بغير الاكراه حيث يدرأعنه الحد بمجرد دعواه (قوله وان اكرهه غير السلطان حدعنده الخ) قالواهذا اختلاف عصرفى زمنه لم يكن لغيره من القوة مالم يمكن دفعه وكانت فى زمنهما الكل متغلب ولاسيمافى زماننا فيفتى بقولهمانهر (قوله ان انكره الآخر) عندأبى حنيفة مطلقاعينى يعنى ادعى المنكرشبهة بان قال تزوجتها ام لاوهذه المسئلة على وجهين أحدهما ان يقر اربعا بالزنى بفلانة وقالت انه تزوجنى أوأقرت بالزنى أربعامع فلان وقال فلان تزوجتها لم يحد ويجب العقروان كانت معترفة بان لامهرلهاوثانيهما ان يقر اربعا انه زنى بفلانة فقالت مازنى بى ولااعرفه أوأقرت اربعا بالزنى مع فلان وقال فلان مازنيت بها ولااعرفها فلايحد المقرعندأبى حنيفة درر وحاشيتهاوالحاصل ان فى الوجه الاول وهومااذا أقرأحدهمابالزنى وأنكرالآخر وادعى شبهة هى التزوج لايحدواحد منهما بالاتفاق وفى الوجه الثانى وهومااذا أقرأحدهماوانكرالآخر ولم يدع شبهة لايحد المنكر بالاتفاق وهل يحد المقرعندأبى حنيفة لايحد وعندهما يحدحموى عن الرازى (قوله وعندهما يحد) ان لم يدع المنكرشبهة بل قال مازنيت قلنا الزنى فعل مشترك بينهما فانتفاءموجبه عن أحدهما يوجب شبهة فى الآخرنهر (قوله يحدالمقربالاتفاق) سكت عن حدالمصدق لانه لايحد لان التصديق مرة واحدة لايكفى حموى ومقتضى تقييدالتصديق بمرة واحدة انه يحد بالتصديق أربع مرات وليس كذلك يدل عليه مافى الاشباه قبيل كتاب الوكالة التصديق اقرارالافى الحدود (قوله ومن زنى بأمة فقتلها الخ) قيدبه لانه لواذهب عينها به يجب عليه قيمتها وسقط به الحدلان الملك يثبت فى الجثة العمياء فاورث شبهة أى فى ملك المنافع تبعاوفى الفوائد الظهيرية غصبها ثم زنى بها ثم ضمن قيمتها فلاحدعليه عندهم جميعا امالوزنى بها ثم غصبها وضمن قيمتها لم يسقط الحد وفى جامع قاضيخان لو زنى بحرة ثم نكحها لايسقط الحد بالاتفاق نهر وان جنت الامة فزنى بهاولى الجناية فان كانت الجناية توجب القصاص بان قتلت نفسا عمدافلاحد عليه وعليه العقر لان من العلماء من قال يملكها فى هذه الصورة فاورث شبهة وان كانت الجناية لاتوجب القصاص فان فداها المولى يجب عليه الحد بالاتفاق لان الزانى لم يملك الجثة وان دفعها بالجناية فعلى الخلاف ولوزنى بالحرة فقتلها به يجب الحدمع الدية بالاجماع لان الحرة لاتملك بالضمان زيلعى وقوله فعلى الخلاف أى لاحد فى المروى عن أبى يوسف خلافا لهما ولو زنى بكبيرة فافضاها فان كانت مطاوعة له من غيردعوى شبهة فعليهما الحد ولاشئ عليه فى الافضاء لرضاها به ولامهرلها لوجوب الحدوان كان مع دعوى شبهة فلاحد ولاشئ فى الافضاء ويجب العقر لعدم وجوب الحد وان كانت مكرهة من غيردعوى شبهة فعليه الحد دونها ولامهرلها ثم ينظر فى الافضاء فان لم يستمسك بولها فعليه دية المرأة كاملة لانه فوت جنس المنفعة على الكمال وان كان يستمسك بولها حد وضمن ثلث الدية لان جنايته جائفة وان مع دعوى شبهة فلاحد عليهما ثم ان كان البول يستمسك فعليه ثلث الدية ويجب المهر فى ظاهر الرواية وان لم يستمسك فعليه الدية الكاملة ولايجب المهر عندهما خلافا لمحمدوان كانت صغيرة يجامع مثلها فهى كالكبيرة فيماذكرنا الافى سقوط الارش برضاها وان كانت صغيرة لايجامع

من السلطان وكان أبوحنيفة يقول أولا يحد وهوقول زفر ثم رجع وقال لايحد وان أكرهه غير السلطان حد عنده وعندهما لايحد (و) لايحد (باقرار) واحد منهما أربع مرات (ان أنكره الآخر) وعندهما يحد وانما قيد بقوله اذا أنكره الآخر لانه لوصدقه الآخر يحد المقر بالاتفاق (ومن زنى بأمة فقتلها) بفعل الزنى

مثلها فان کان يستمسك بولها لزمه ثلث الدية والمهر كاملا ولا حد عليه لتمكن القصور فی معنی الزنی وهو الايلاج فی قبل مشتهاة ولهذا لا يثبت به حرمة المصاهرة وان کان لا يستمسك ضمن الدية ولا يضمن المهر عندهما وعند محمد يضمن المهر أيضا لما ذكرنا زيلعی وأراد به ما ذكره من ان الوطء الحرام فی دار الاسلام يوجب المهر اذا انتفى الحد ولهما ان الدية ضمان كل العضو والمهر ضمان جزء منه وضمان الجزء يدخل فی ضمان الكل اذا كان فی عضو واحد كما اذا قطع اصبع انسان ثم قطع كفه قبل البرء دخل ارش الاصبع فی ارش الكف ويسقط احصانه بهذا الوطء لوجود صورة الزنی وهو الوطء الحرام وفی المحيط لو كسر فخذ امرأة فی الزنی أو جرحها ضمن الدية فی ماله وحد لانه شبه العمد وفی شبه العمد تجب الدية فی ماله قال الزيلعی يعنی فيما دون النفس انتهى والمراد من الدية فی قوله لو كسر فخذ امرأة بالزنی أو جرحها ضمن الدية ارش الجراحة شيخ عبد الحی (تتمة) وطئ زوجته البكر فافضاها ان كانت ممن لا يجامع مثلها وجب الضمان بالاتفاق وان كانت ممن يجامع مثلها فكذا عند أبی يوسف خلافا لهما الى هذا اشار العلامة الحموی وكلامه يفيد ترجيح قول أبی يوسف ولهذا تعقب ما فی الاشباه من كتاب الجنايات حيث قال وطئ زوجته فافضاها أو ماتت فلا ضمان عليه لكون الوطء أخذ موجبه وهو المهر فلم يجب به آخر الخ بقوله ان المهر مقابل بالوطء من حيث انه استمتاع والضمان بالافضاء ليس من حيث انه وطء ليلزم كونه موجبا لشيئين بل من حيث ما تسبب عنه وهو الافضاء فالمهر باعتبار جهة الاستمتاع والضمان باعتبار جهة الافضاء انتهى وذكر قبل هذا ان الضمان على عاقلة الزوج (قوله لزمه الحد والقيمة) لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحدة منهما حكمها الحد بالزنی والقيمة بالقتل كما اذا زنی بهائم ثم حز رقبتها الا يقال لما ماتت بفعل الزنی صار الزنی قتلا فوجب ان لا يعتبر الا القتل ويسقط اعتبار الزنی كقطع اليد اذا سری الى النفس حتى لا يجب الا ضمان النفس من الدية أو القصاص لانا نقول ضمان اليد بدل اليد وضمان النفس بدل النفس واليد تابعة للنفس كسائر الاعضاء فان الاعضاء تهلك بهلاك النفس تبعا ويدخل ضمانها فی ضمان النفس بخلاف الحد وضمان النفس لانهما حقان مختلفان وجبا بشيئين مختلفين احدهما بالزنی والآخر باتلاف النفس فصار كمن شرب الخمر للذمی فانه يحد ويضمن قيمة الخمر للذمی لما قلنا زيلعی (قوله وقال أبو يوسف لا يحد) لملكه اياها بضمان قيمتها ولهما ان الاستناد يظهر فی القائم دون المتلاشی بقی ان يقال ظاهر قول الشارح وقال أبو يوسف ان هذا مذهبه والذی فی الزيلعی والعينی والنهر وعن أبی يوسف (قوله يؤخذ بالقصاص) فاشتراط قضاء القاضی ليتمكن الولی من استيفائه لانه شرط لا يجوز بدونه حموی عن النهاية (قوله لا بالحد) مثل حد الزنی وشرب الخمر وحد القذف لان الحدود حق الله وهو المكلف باقامتها فلا يقدر على اقامتها على نفسه لان ذلك بطريق الخزی والنكال وفعل نائبه كفعله لانه بامره فلا يشرع بخلاف حقوق العباد عينی (قوله وان احتاج) أی من له الحق الى الاستعانة بان لم يمكنه من الاستيفاء لان الاستيفاء يحصل باحد امرين كما فی الدرر وغيرها اما بتمكينه أو بالاستعانة بمنعة المسلمين

(باب الشهادة على الزنی والرجوع عنها)

قدم ان الزنی يثبت اما بالبينة أو الاقرار ثم ذكر فی هذا الباب اسبابا ترد بها الشهادة كالتقادم والاختلاف فی الزمان والمكان والجهل بالمزنی بها وكذا الرجوع عنها وكل هذه عوارض على خلاف الاصل فناسب تأخيرها نهر (قوله وعند الشافعی لا تبطل) لنا قول عمر ايما قوم شهدوا فی حد لم يشهدوا به عند حضرته فانما هم شهود ضغن ولا شهادة لهم ولان الشاهد متى عاين الزنی ونحوه فهو مخير بين حسبتين حسبة اداء الشهادة ليقام الحد فيحصل الانزجار قال تعالى واقيموا الشهادة لله وحسبة الستر على المسلم فان

(لزمه الحد والقيمة) وقال أبو يوسف لا يحد (والخليفة) أی الامام الذی ليس فوقه امام اذا قتل انسانا بغير حق أو أتلف مال انسان أو قذفه أو شرب خمرا أو نحوه (يؤخذ بالقصاص وبالاموال) ويستوفى من ماله (لا بالحد) وان احتاج الى المنعة فالمسلمون منعته

(باب الشهادة على الزنی والرجوع عنها) والاصل ان الشهادة على الحدود الخالصة لله سبحانه تبطل بتقادم العهد عندنا وعند الشافعی لا تبطل

الشارع ندب اليه قال عليه السلام من ستر على اخيه المسلم عورة ستر الله عوراته يوم القيامة وقال تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة فی الذين آمنوا لهم عذاب اليم وتأخير الاداء لا يخلو اما ان يكون للستر اولا فان كان للستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة حركتهم فيتهمون ولا شهادة للمتهم وان كان لا للستر صار وا آثمين فاسقين بالتأخير لان اداء الشهادة من الواجبات وتأخيرها فسق ولهذا لو أخر الشهادة فی حقوق العباد بعد طلب المدعی بلا عذر لا تقبل شهادته زيلعی وقوله حسبتين أی اجرين مطلوبين يقال احتسب بكذا اجرا عند الله والاسم الحسبة بكسر الحاء وهی الاجر والجمع الحسب عزمی عن الكفاية والضغينة الحقد والعداوة درر (قوله وان الاقرار المتقادم) جعل المتقادم صفة الاقرار وليس كذلك بل هو صفة للحدود وصواب العبارة وان الاقرار بالحدود المتقادمة لا يبطل حموی (قوله لا يبطل عندنا) لعدم التهمة (قوله شهد وابحد الخ) أخر الشهادة بالزنی عن الاقرار لقلة ثبوت الزنی بالشهادة وندرته حتى لم ينقل عن السلف ثبوت الزنی عند الامام بالشهادة اذ رؤية أربعة رجال عدول الى الزانيين كالميل فی المكحلة مما يندر وجوده حموی عن المفتاح (قوله أی بسبب حد) اقحمه الشارح اشارة الى ان متقادم صفة لموصوف محذوف وهذا هو معنى التساهل الذی ذكره فی النهر فانهم انما يشهدون بسبب الحد والتقادم صفة له فی الحقيقة كذا فی الفتح انتهى ولهذا ذكر فی الشرنبلالية ان اسناد التقادم الى الحد مجاز (قوله سوى حد القذف) لان الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم درر ولان فيه حق العبد وهو لا يسقط بالتقادم واعلم ان فی قوله سوى حد القذف دلالة ظاهرة على ان المراد بالحد فی قوله شهدوا بحد ما هو الاعم من حد الزنی لا خصوصه فلو ابدل العينی قوله أی شهدت أربعة بقوله أی شهد الشهود بحد متقادم لكان اولى (قوله لم يحد الشخص) واما الشهود فيحدون عند البعض وقيل لا كذا فی التنوير وهو يفيد ترجيح اقامة الحد عليهم لكونه حكى القول الآخر بقيل لكن فی الشرنبلالية وقال الكرخی الظاهر انه لا يجب عليهم الحد اه لان عددهم متكامل والاهلية للشهادة موجودة وذلك يمنع ان يكون كلامهم قذفا عناية (قوله ولكن ضمن السرقة) لان التقادم لا يضره لانه حق العبد درر واشار الشارح بقوله أی المسروق الى ان المصدر فی كلام المصنف بمعنى اسم المفعول (قوله وهذا الخ) أی الذی قلناه من تقدير التقادم بشهر اذا لم يكن بين القاضی وبينهم مسيرة شهر وكذا لو كان التقادم لعذر مرض اوخوف طريق شرنبلالية عن الكمال (قوله أما اذا كان فتقبل شهادتهم) لان المانع بعدهم عن الامام فلا تتحقق التهمة عناية (قوله بزوال الرائحة) هو الاصح (قوله ای غائبة عن مجلس القضاء) أی وهم يعرفونها شرنبلالية وسيأتی فی كلام المصنف ما يدل عليه (قوله حد الرجل) باجماع الاربعة وكذا لو أقر بالزنی بغائبة نهر يعنی يقام عليه الحد بالاجماع (قوله وكذا اذا أقر انه زنی بفلانة وهی غائبة حد المقر) لانه عليه السلام رجم ماعزا والغامدية حين أقرا بالزنی بغائبين عينی (قوله بخلاف السرقة) لان بالغيبة تفوت الدعوى وهی شرط فی السرقة دون الزنی درر وغيرها ومقتضاه عدم قبول الشهادة بالسرقة بدون الدعوى وليس كذلك ففی الشرنبلالية لو شهدا على السرقة بدون الدعوى تقبل شهادتهما ويحبس السارق الى ان يجیء المسروق منه كما فی البرهان انتهى فان قلت ينبغی ان لا يحد فی الزنی أيضا حتى يحضر الغائب لاحتمال ان يدعی النكاح فيكون شبهة قلت دعوى النكاح شبهة لاحتمال الصدق فيعتبر واحتمال الدعوى شبهة الشبهة فلا تعتبر عينی وغيره وفيه انه يشكل بما لو أقر بالزنی وهی خرساء حيث لا يحد المقر كما سبق (قوله لا يحد الرجل) لجواز ان تكون زوجته او امته بل هو الظاهر بخلاف الاقرار لانه لا يخفى عليه من هی واحتمال ان تكون أمته بالميراث ولا يعرفها الا اعتبار به لانه ثابت فی المعروفة أيضا ولو قال الشهود بعد قولهم لا نعرفها هی فلانة لا يحد واحد منهما نهر عن الخانية (قوله كاختلافهم فی طوعها) قيد به لان الاختلاف فی طولها وقصرها وسمنها وهزالها وثيابها غير مانع نهر (قوله ای كما لا يحد بها) أی بالشهادة المذكورة ولعل الظاهر ان يقال كما لا حد عليها حموی (قوله عند

وان الاقرار المتقادم بالحدود لا يبطل عندنا خلافا لزفر فان (شهدوا بحد) كسرقة أی بسبب حد (متقادم) (سوى حد) أو زنی أو شرب خمر القذف لم يحد) الشخص الذی تقادم الحد عليه (و) لكن (ضمن السرقة) أی المسروق وتكلموا فی حد التقادم فقوله فی الجامع الصغير بعد حين يشير الى ستة أشهر واليه أشار الطحاوی وأبو حنيفة لم يقدر فی ذلك شيئا وفوضه الى رأی القاضی فی كل عصر وعن محمد انه قدره بشهر وهو رواية عن أبی حنيفة وأبی يوسف وهو الاصح وهذا اذا لم يكن بين القاضی وبينهم مسيرة شهر اما اذا كان فتقبل شهادتهم والتقادم فی حد الشرب كذلك عند محمد وعندهما يقدر بزوال الرائحة (ولو ثبتوا) على رجل (زناه بغائبة) أی غائبة عن مجلس القضاء (حد) الرجل وكذا اذا أقر انه زنی بفلانة وهی غائبة حد المقر (بخلاف السرقة) أی بخلاف ما لو أثبتوا انه سرق مال فلان وهو غائب لم يقطع (ولو أقر) الرجل (بالزنی بمجهولة) أی بامرأة لا يعرفها (حد) الرجل المقر (وان شهدوا) على رجل (بذلك) أی بانه زنی بامرأة لا يعرفها الشهود (لا) يحد الرجل (كاختلافهم فی طوعها) أی كما لا يحد بها فی اختلاف الشهود فی طوعها بأن قال اثنان منهم انه استكرهها وآخران انها طاوعته عند أبی حنيفة وزفر

أبي حنيفة) لان المشهود به قد اختلف لان الزنى فعل واحد يقوم بهما وكل ما هو فعل واحد يقوم بهما لا يتصف بوصفين متضادين وهؤلاء أثبتوا له وصفين متضادين لان الطوع يوجب اشتراكهما في الزنى والكره يوجب انفراد الرجل به واجتماع الوصفين المتضادين متعذر فكان كل واحد منهما خلاف الآخر واختلاف المشهود به ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة عناية وفيه انه يحتمل ان تكون في اول الفعل مكرهة وفي آخره طائعة واني أفندي (قوله وعندهما احدا الرجل وحده) لاتفاقهم على انه زنى وغاية الامر ان اثنين تفردا بزيادة جناية هي اكراهه نهر (قوله في غير بيت واحد) كذا في بعض النسخ وهو الصواب وفي بعضها في بيت واحد وهو خطأ الا ان يراد بالبيت البيت الكبير حموي (قوله أي لا حد على الكل في اختلاف المكان الخ) ظاهر هذا ان قول المصنف ولو على كل زنى أربعة يتعلق بمسئلة الاختلاف في المكان فقط فمقتضاه انه يحد فيما اذا كان الاختلاف في الطواعية او الزمان وقد تم عدد أربعة على كل زنى وهو كذلك لان الشهادة انما ردت في جانب الاختلاف في المكان للتيقن بكذب أحد الفريقين ولم يوجد التيقن اذا كان الاختلاف في الزمان او الطواعية أما في الزمان فظاهر وكذا في الطواعية بان شهد أربعة انه زنى بها طائعة واربعة انه زنى بها مكرهة يحدان حيث لم يذكروا وقتا واحدا لعدم التيقن بكذب أحد الفريقين (قوله بان شهد أربعة على رجل الخ) ولكن بشرط ان يذكروا وقتا واحدا للتيقن بكذب أحد الفريقين ولاتحاد الشهود أيضا لما ذكرنا عيني يعني لان كلا منهم وقع شهادة صورة فأسقط الحد عنهم (قوله في بيت واحد) هذا اذا كان البيت صغيرا وأما اذا كان كبيرا فلا درر (قوله والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة) لاختلاف المكان حقيقة ووجه الاستحسان ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل في زاوية وانتهاؤه في زاوية اخرى ينتقلان اليه بالاضطراب وكذا لو اختلفوا في ساعتين من يوم متقاربتين بحيث يمكن ان يمتد الزنى اليهما عيني فان قيل التوفيق في الحدود غير مشروع لانه احتيال لاقامة الحد وقد أمرنا بالاحتيال لدرئه قلنا انما شرع التوفيق في الحدود صيانة للبينات عن التعطيل فانه لو شهد أربعة على رجل بالزنى فشهد كل واحد أنه زنى بفلانة تقبل وتحمل شهادة كل واحد عنهم على الزنى الذي شهد به صاحبه وان لم يصرح به في شهادته حموي وفي الشرنبلالية عن البرهان ما يشير اليه وهذا يفيد انه لا يشترط رؤيا الاربعة كالميل في المكحلة في زمن واحد ما لم يصرحوا بما يفيد الاختلاف في الزمن فحينئذ لا تقبل الا اذا لم يفحش كالاختلاف في ساعتين من يوم متقاربتين بحيث يمكن ان يمتد الزنى اليهما كما سبق (قوله وهي بكر) او رتقاء او قرناء درر وكذا لو شهدوا على رجل بالزنى وهو مجبوب عيني (قوله فقلن هي بكر) لو قال فقيل ليشمل خبر الواحدة منهن لكان اولى لما في النهر عن كافي الحاكم من ان الواحدة تكفي (قوله فسقة) جمع فاسق كفجرة جمع فاجر (قوله وان شهد الاصول أيضا) لانها قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين تلك الحادثة اذهم قائمون مقامهم بالامر والتحميل والشهادة متى ردت لتهمة لم تقبل في عين تلك الحادثة أصلا وانما تقبل في المال شهادة الاصول بعد ما ردت شهادة الفروع لان شهادة الاصول لم ترد حقيقة وانما حصل فيها شبهة الرد والمال يثبت مع الشبهة دون الحد ولو ردت شهادة الاصول لم تقبل شهادة الاصول ولا الفروع بعده أبدا هذا اذا ردت شهادتهم لتهمة مع الاهلية وان ردت لعدم الاهلية كالعبيد والكفار تقبل شهادتهم في تلك الحادثة بعد العتق والاسلام لزوال المانع زيلعي (قوله لم يحد احد) أما في الصورة الاولى فلان الزنى لا يتحقق مع البكارة فظهر كذبهم بيقين فلا يجب الحد عليهما ولا على الشهود لان عددهم متكامل وانما سقط الحد عنهما بقول النساء انها بكر وقولهن حجة في اسقاط الحد لا في ايجابه وأما اذا كان الشهود فسقة فلان الفاسق من اهل التحمل والاداء وان كان في أدائه نوع قصور لتهمة الكذب ولهذا لو قضى القاضي بشهادته ينفذ فيثبت الزنى بشهادتهم من وجه باعتبار الاهلية ولا يثبت من وجه باعتبار القصور فباعتبار القصور في الاداء سقط الحد عنهما وباعتبار اهلية الاداء سقط عن الشهود أيضا واما اذا شهد الفروع فلما فيه من زيادة الشبهة لان احتمال الكذب

فيها

(أو) وعندهما جد الرجل وحده (في البلد) بان شهد كل اثنين انه زنى بها بالبصرة وآخران انه زنى بها بالكوفة فلا حد عليهما ولا على الشهود وعند زفر يحد الشهود والتقييد بالبلد اتفاقي لان الحكم لا يختلف بالمكان اذا كان في غير بيت واحد (ولو على كل زنى) أي لا حد على الكل في اختلاف المكان بان ولو شهد على كل زنى (أربعة) بان شهد أربعة على رجل انه زنى بفلانة ببغداد وأربعة آخرون انه زنى بها بالبصرة (ولو اختلفوا في بيت واحد) بان شهد اثنان انه زنى بها في زاوية هذا البيت وشهد آخران انه زنى بها في زاوية أخرى من هذا البيت (حد الرجل والمرأة) استحسانا والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة وهو قول زفر (ولو شهدوا على زنى امرأة وهي بكر) بان نظرت النساء اليها فقلن هي بكر (او الشهود فسقة أو شهدوا) أي شهد أربعة فروع على شهادة أربعة أصول بالزنى على رجل (وان شهد الاصول أيضا) على عين ما شهد الفروع (لم يحد أحد) من الزاني والزانية والشهود في الصور المذكورة

فيها في موضعين في شهادة الاصول والفروع ولان الكلام اذا تداولته الالسن يتطرق اليه زيادة ونقصان ولان الشهادة على الشهادة بدل والابدال تنصب للحاجة ولا حاجة في الحدود الى البدل لانها مبنية على الدرء ولا حد على الفروع لانهم ما نسبوا المشهود عليه الى الزنى انما حكوا شهادة الاصول والحاكي للقذف لا يكون قاذفا ولان عددهم متكامل والاهلية موجودة ولا يحد الاصول أيضا لما ذكرنا زيلعي (تتمة) الشهود ثلاثة شاهد له اهلية التحمل والاداء بصفة الكمال وهو العدل وشاهد له اهلية التحمل والاداء لكن بصفة النقصان والقصور وهو الفاسق وشاهد له اهلية التحمل وليس له اهلية الاداء كالاعمى والمحدود في القذف ولهذا ينعقد النكاح بهما عناية (قوله ولو كانوا عميانا الخ) او كان بعضهم كذلك قيد بالاعمى والمحدود لانه لا يحد لو كانوا عبيدا أو صبيانا او مجانين او كفارا بالاولى لانهم ليسوا أهلا للتحمل ولا للاداء أما الاعمى والمحدود فأهل للتحمل والاداء نهر ونظر فيه الحموي بالنسبة للصبي والعبد فانهما اهل للتحمل كما سيأتي في كلام المصنف في الشهادات بقي ان يقال ما ذكره في النهر من ان الاعمى والمحدود أهل للتحمل والاداء يشكل بما قبله عن العناية من انه ليس لهما اهلية الاداء ويزول الاشكال بحمل ما سبق عن العناية على انه بالنسبة لعدم الجواز أي لا يجوز للقاضي قبول الاداء منهما فلا ينافي انه لو قضى بشهادتهما صح وان أثم وهو محمل ما ذكره في النهر (قوله حد الشهود) لانهم قذفة يعني اذا طلب المشهود عليه ذلك لانه حقه نهر (قوله لا المشهود عليه) لعدم ثبوت الزنى لان شهادة العميان والمحدودين في قذف لا يثبت بها المال مع انه يثبت بالشبهة فكيف يثبت بها الحد وهو يسقط بالشبهات وشهادة الثلاثة قذف لعدم النصاب عيني (قوله فوجد احدهم عبدا الخ) كذا لو وجد أعمى او كافرا شرنبلالية عن الفتح (قوله حدوا) أي الشهود لانهم قذفة اذ الشهود ثلاثة زيلعي اذ لا حسبة عند نقصان العدد فان الشاهد مخير بين حسبتين على ما مر وههنا لم يوجد منه حسبة الستر وهو ظاهر ولا حسبة اداء الشهادة أيضا لنقصان عددهم لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة واذا لم توجد الحسبة ثبت القذف لان خروج الشهادة عن القذف انما يكون باعتبار الحسبة عناية (قوله وأرش ضربه هدر) وان مات درر لانه اما من خرق الجلاد او من رقة بشرة المضروب فلا يضمنه احد وقالا يجب على بيت المال لان تلف النفس قد حصل به وقد ظهر خطأ الامام فيجب في بيت المال كما في الرجم وبه قالت الثلاثة عيني والخرق ضبطه الشيخ شاهين بالقلم بفتح الخاء وتسكين الراء ونقل الشيخ عبد الحي عن القاموس ما نصه الخرق بالضم وبالتحريك ضد الرفق وان لا يحسن الرجل العمل والتصرف في الامور انتهى وأرش الضرب هو أجرة الطبيب وثمن الادوية حموي عن المفتاح قال ومعرفة الارش ان يقوم المجلود عبدا سليما عن هذا الاثر ويقوم وبه هذا الاثر وينظر ما نقص به القيمة فيؤخذ من الدية مثله انتهى (قوله أي ضرب القاضي) يشير الى ان اضافة الضرب للضمير من قبيل اضافة المصدر للفاعل (قوله فديته على بيت المال) لان خطأ القاضي في بيت المال لان عمله للمسلمين فيجب غرمه في مالهم وقال في المحيط ان ديته على القاضي ويرجع القاضي بذلك في بيت المال حموي عن المفتاح (قوله وهذا عند أبي حنيفة وقالا الخ) محل هذا الخلاف بعد قوله وارش ضربه هدر حموي وهو ظاهر لانه لو رجم بشهادتهم بان كان محصنا ثم ظهر أحد الشهود محدودا في قذف أو اعمى فدية المرجوم في بيت المال بالاجماع زيلعي (قوله وكذا لو رجع الشهود وقد جرحته السياط فلا ضمان على الشهود عنده الخ) وكذا لا ضمان على الشهود عنده خلافا لهما لو رجعوا بعد ما مات من الجلد عيني وهذا لا ينافي ما سيأتي من انه في الرجم اذا رجعوا يضمنون لان شهادتهم هنا أوجبت الضرب والموت ترتب على الضرب لا على شهادتهم وأما ما سيأتي فشهادتهم أوجبت الرجم المفضي الى الموت فيضمنون برجوعهم شيخ عبد الحي (قوله ولو ضرب بنفسه) أي ولو ضرب القاضي المشهود عليه بالزنى والباء زائدة والضمير راجع للمؤكد الا ان المنقول زيادتها في العين واجمع حموي عن حواشي العصام على الجامي وتعقب بما في التسهيل من ان النفس والعين ينفردان بجواز جرهما بباء زائدة

(ولو كانوا عميانا ومحدودين) بحد القذف (أو) كانوا (ثلاثة حد الشهود لا المشهود عليه) في الصور الثلاثة وانما قيدنا به لانهم لو كانوا محدودين بالزنى أو الشرب ثم تابوا وصاروا عدولا تقبل شهادتهم (ولو حد) المشهود عليه (فوجد أحدهم عبدا أو محدودا في قذف حدوا) أي الشهود كلهم (وارش ضربه) أي ضرب القاضي المشهود عليه (هدر) أي لا يجب على الشهود ولا على بيت المال إذا كان الارش جرحه السياط بشير اليه ذكر الارش فانه دية الجراحة (وان رجم) المشهود عليه بان كان محصنا فوجد أحد الشهود عبدا أو محدودا (فديته على بيت المال) وهذا عند أبي حنيفة وقالا الارش الضرب أيضا على بيت المال وعلى هذا لو مات من الضرب تجب الدية في بيت المال عندهما خلافا له وكذا لو رجع الشهود وقد جرحته السياط فلا ضمان على الشهود عنده وعندهما يضمن الشهود ارش الضرب وان مات ضمنوا الدية ولو ضرب بنفسه ثم ظهر خطؤه يكون ضمانه في بيت المال

اه وهو يفيد عدم جواز زيادتها فى اجع (قوله ولو رجع أحد من الاربعة بعد الرجم حد الراجع وحده) لانقلاب شهادته بالرجوع قذفا قال فى البحر واشار الى انه لو كان حده الجلد فجلد بشهادتهم ثم رجع واحد منهم فانه يحد الراجع بالاولى يعنى بطلب المقذوف قيد بالرجوع لانه لو وجد واحد منهم عبدا فلا حد على واحد منهم لظهور انها لم تكن شهادة بل هى قذف فى ذلك الوقت فصار واقاذفين حيا ثم مات والحد لا يورث على ماسيجى الخ والحاصل ان المقذوف اذا كان ميتا وقت القذف يحد القاذف بطلب من وقع القدح فى نسبه بخلاف ما اذا كان المقذوف حيا ومات حيث لا يورث الحد والشهادة انما صارت قذفا عند رجوعه وهو فى هذه الحالة ميت فلكل من وقع القدح فى نسبه طلب اقامته بجهة الاصالة لا بطريق الوراثة كما سيجى (قوله وغرم ربع الدية) لان الذى تلف بشهادته ربع الحق نهر وكذا كلما رجع واحد منهم يضمن ربع الدية لان تلف النفس بشهادتهم فيضمنون ولا قتل عليهم عندنا عينى (قوله وقال الشافعى يجب القتل) لكونهم سببا عينى (قوله وقال زفر لا يحد الراجع) لان كلامه وقع شهادة عينى (قوله وقال محمد وزفر حد الراجع فقط) لان القضاء حصل بالشهادة فرجوعه يبطل شهادته فى حقه لا فى حق غيره ولهما ان الامضاء فى باب الحدود ملحق بالقضاء فصار كانه رجع قبل القضاء وثمة يحدون جميعا عينى (قوله ولو رجع أحد الخمسة لا شئ عليه) اذ بقى من يبقى بشهادتهم كل الحق وهو الاربعة درر وأفرد الضمير رعاية للرجع ولو راعى الخبر لقال وهم وكان أولى لانه نحط الفائدة شيخنا (قوله بعد القضاء والامضاء) أى استيفاء الرجم (قوله فان رجع آخر من الاربعة الباقية حدا) لانفساخ القضاء بالرجم فى حقهما وفيه خلاف زفر وغرما ربع الدية انصافا وعلى أصل الثلاثة يضمنان خمس الدية لان الاعتبار عندهم لرجوع من رجع الا فى رواية عنهم كقولنا يعتبر بقاء من بقى عينى ولو رجع الثالث كان عليه ربع الدية ولو رجع الخمسة ضمنوا الدية اخماسا نهر عن الحاوى وانما لزم الاول يعنى من الخمسة برجوع الثانى لانه وجد منه الموجب للحد والضمان وهو قذفه واتلافه بشهادته وانما امتنع الوجوب لمانع وهو بقاء من يقوم بالحق فاذا زال المانع برجوع الثانى ظهر الوجوب بحر (قوله وضمن المزكى) أى برجوعه وطواه اكتفاء بدلالة ضمن نهر وسيأتى فى كلام الشارح ما يدل عليه وهو قوله هذا اذا رجع عن التزكية والتزكية ان يقول المزكى هم احرار مسلمون عدول أما لو اقتصر على هم عدول فلا ضمان عليه اذا ظهروا عبيدا اتفاقا شرنبلالية عن الفتح لانهم صادقون اذ الرق لا ينافى العدالة زيلعى (قوله وعندهما لا ضمان عليه) لانه اثنى على الشهود خيرا فصار كشهود الاحصان ولانهم لو ضمنوا لكان ضمان عدوان وذلك بالمباشرة أو التسبب ولم يوجد واحد منهما اما المباشرة فظاهر وكذا التسبب لان سبب الاتلاف الزنى وهم لم يثبتوه وانما اثنوا على الشهود خيرا وذلك لا يوجب الضمان كشهود الاحصان فيكون فى بيت المال ولابى حنيفة ان الشهادة لا تعمل ولا تكون حجة الا بالتزكية فصارت كعلة العلة لالزامهم القاضى القضاء بالبينة بخلاف شهود الاحصان لان الاحصان علامة ولهذا تشترط الذكورة فى التزكية دون شهود الاحصان ولا فرق فى التزكية بين ان تكون بلفظ الشهادة أو الخبر والا انه لا يشترط فيها لفظ الشهادة زيلعى (قوله هذا اذا رجع المزكى الخ) قيد برجوع المزكى لان شهود الاحصان لا ضمان عليهم لو رجعوا خلافا لزفر وهو مبنى على ان الاحصان هل هو شرط معمل للعلة وهو الزنى أو لا قال الزيلعى ولا ضمان على الشهود لان كلامهم لم يقع شهادة ولا يحدون للقذف لانهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث الخ وقوله لان كلامهم لم يقع شهادة لظهور عدم أهليتهم لها (قوله وأما لو ثبت على التزكية) اوقال أخطأت نهر (قوله لم يضمن) لانه أخطأ فيما عمل لعامة المسلمين فصار كالقاضى زيلعى (قوله كما لو قتل من أمر برجمه) أى كما لو قتل المأمور برجمه من أمره القاضى برجمه وعلى هذا فالفعل مبنى للفاعل كما هو الرواية والمفعول محذوف وهذا أولى من جعل من مفعولا والفاعل محذوفا لان البصريين لا يجوزون حذف الفاعل وكذا الكوفيون الا الكسائى وانما قلنا أولى ولم نقل الصواب لجواز التخريج

(ولو رجع أحد (من) الاربعة بعد الرجم حد) الراجع وحده (وغرم ربع الدية) عندهم وقال الشافعى يجب القتل دون المال وقال زفر لا يحد الراجع أيضا (و) لو رجع (قبله) أى قبل الرجم بعد القضاء (حدوا) أى الشهود (ولا رجم) أيضا على المشهود عليه وقال محمد وزفر حد الراجع فقط وان رجع واحد منهم قبل القضاء والامضاء حدوا جميعا أيضا وقال زفر حد الراجع فقط (ولو رجع) بعد القضاء والامضاء (أحد الخمسة لا شئ عليه) أى على الراجع من الحد والغرامة (فان رجع آخر) من الاربعة الباقية (حدا وغرما ربع الدية) انصافا (وضمن المزكى دية المرجوم ان ظهروا عبيدا) عند أبى حنيفة وعندهما لا ضمان عليه ولكن الدية فى بيت المال هذا اذا رجع المزكى عن التزكية وقال هم عبيد أو كفار الا انى تعمدت التزكية مع علمى بحالهم وأما لو ثبت على التزكية وظهر انهم عبيد لم يضمن ولكن الضمان فى بيت المال عندهم (كما لو قتل من أمر برجمه) أى ضمن المزكى كما ضمن دية المقتول من أمر برجمه فقتله (ثم ظهروا كذلك) أى عبيدا

على مذهب الكسائى المجوز لحذف الفاعل حموى (قوله وفى القياس يجب القصاص) لانه قتل نفسا معصومة بغير حق عينى (قوله وفى الاستحسان الخ) لان القضاء وقت القتل كان صحيحا ظاهرا فاورث شبهة قيد بأمره لانه لو قتله قبله كان على القاتل القصاص فى العمد والدية على عاقلته فى الخطأ وظاهر ان المراد بالامر هو الكامل وهو ان يكون بعد استيفاء ما لا بد منه أما لو كان ناقصا بان كان قبل تعديل الشهود خطأ منه وجب القصاص فى العمد والدية فى الخطأ وقيد بالمأمور برجمه لان المأمور بقتله قصاصا لو قتل وجب القصاص فى العمد والدية فى الخطأ اظهر الشهود عبيدا أو لا نهر عن الزيلعى فى الدية وقوله لان القضاء وقت القتل كان صحيحا ظاهرا يعنى ان القضاء وجد صورة وصورة قضاء القاضى تكفى لايراث الشبهة لانه لو كان حقيقة كان مبيحا للدم فصورته تمكن شبهة كالنكاح الفاسد يجعل شبهة فى اسقاط الحد ولهذا لا يجب القصاص على الولى اذا جاء المشهود بقتله حيا عناية وقوله لان المأمور بقتله قصاصا لو قتل وجب القصاص يعنى وكان القاتل غير الولى ولهذا علل فى الدرر وجوب القصاص على القاتل بان الاستيفاء للولى (قوله فى ماله) لانه عمد والعواقل لا تعقل العمد حموى (قوله فى ثلاث سنين) لانه مال وجب بنفس القتل وما يجب بنفس القتل يجب مؤجلا حموى (قوله وان رجم الخ) بالبناء للفاعل كذا ضبطه الاساتذة فى كلام صاحب الهداية ليرجع ضميره الى الرجل فى قوله فضرب رجل عنقه قال فى غاية البيان ويجوز ان يبنى للمفعول نهر وهذه المسئلة يتراآى انها مكررة وليس كذلك لانها انما ذكرت ثمة نفيا لوجوبها على الشهود وهنا للنفى عن القاتل والوضع مختلف أيضا حموى عن قراحصارى (قوله فديته فى بيت المال) لانه فعل بأمر الامام فينتقل اليه عينى ولم أر هل الدية تؤخذ حالا أو مؤجلة بحر (قوله وان كان النظر الى الفرج عمدا فسقا) هو قول بعض العلماء حكاه فى الجامع الصغير لشمس الائمة وقال فى العناية بعد نقله ولكنا نقول النظر الى عورة الغير عند الحاجة يجوز شرعا فان الختان ينظر والقابلة تنظر والنساء ينظرن لمعرفة البكارة وبالشهود حاجة الى ذلك لانهم ما لم يروا كالرشاء فى البئر والميل فى المكحلة لا يسعهم ان يشهدوا انتهى بقى ان يقال ظاهر كلام الشارح يقتضى ان تعمد النظر الى الفرج وان كان فسقا على القول به لا يمنع من قبول الشهادة وليس كذلك فلو قال كما فى الزيلعى والعينى وقال بعضهم لا تقبل لاقرارهم على أنفسهم بالفسق لان النظر الى عورة الغير عمدا فسق وانما تقبل شهادتهم اذا وقع اتفاقا من غير قصد لكان صوابا لان القائل بعدم جواز تعمد النظر يقول بعدم قبول الشهادة (قوله الاحصان) هو الخصال الحميدة بعضها ليس من صنع المرء كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالاسلام وبعضها مندوب اليه كالنكاح الصحيح والدخول بالمنكوحة عناية (قوله معناه انكر الدخول الخ) كذا فى الزيلعى والعينى والبحر ويخالفه ما فى النهر حيث قال انكر الاحصان أى اجتماع شرائطه المتقدمة فيه كان أنكر النكاح أو الدخول فيه أو الحرية انتهى (قوله فشهد عليه رجل وامرأتان) وكيفية الشهادة بالدخول ان يقول تزوج امرأة وجامعها أو باضعها وكذا لو قال دخل بها عندهما خلافا لمحمد لانه مشترك بين الوطء والزفاف والخلوة والزيارة قلنا الدخول اذا أضيف الى المرأة بحرف الباء يستعمل للجماع بخلاف دخل عليها فانه للزيارة وأفهم كلامه انه تقبل فيه الشهادة على الشهادة وكذا الشهادة بالتسامع حموى وفى الشرنبلالية لا يثبت الاحصان بلفظ القربان ولا بلفظ الاتيان وعن الثانى انه لو شهد على اقراره به شاهدان لا يحد وفى المحيط تزوجها بلا ولى ودخل بها قال الثانى لا يكون محصنا لان هذا النكاح غير صحيح قطعا لاختلاف العلماء والاخبار فيه نهر (قوله أى على الاحصان) أو على المنكر بالاحصان حموى عن قراحصارى (قوله أو ولدت الخ) أى قبل الزنى فى مدة يتصور كونه منه وقد أنكر الدخول بها واعترف بباقى الشرائط نهر فان قلت قوله أو ولدت لا يستقيم لانه جملة حالية ولا بد فى الماضى المثبت من الواو وقد قلت يجوز فيه الضمير بلا واو ومثل جاء زيد قد خرج غلامه واما قد فتكون مقدرة أو يكون تقديره أنكر الاحصان فولدت لانه عطف على

وفى القياس يجب القصاص وفى الاستحسان تجب الدية فى ماله فى ثلاث سنين (وان رجم) المأمور به كما أمر به (فوجدوا عبيدا) مثلا (فديته فى بيت المال ولو قال شهود الزنى تعمدنا النظر) الى فرجيهما حسبة حتى يحل لنا أداء الشهادة ونقول رأيناه وطئها كالميل فى المكحلة (قبلت شهادتهم) وحد المشهود عليه وان كان النظر الى الفرج عمدا فسقا (ولو أنكر) المشهود عليه (الاحصان) بعد شهادة الاربعة معناه انكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط (فشهد عليه) أى على الاحصان (رجل وامرأتان أو ولدت زوجته منه) اى

فشهدوا ومتى ثبت الاحصان بالولادة بعد الانكار فبالولادة قبله اولى حموى عن قراحصارى (قوله وكانا مقرين بأن الولد ولدهما) لان الشارع أثبت نسب الولد منه والحكم بثبوت نسب الولد منه حكم بالدخول بها ولهذا يعقب الرجعة زيلعى يعنى اذا طلقها بعدما ولدت منه منكرا وطئها فى مدة يتصور ان يكون منه شيخنا (قوله خلافا لزفر والشافعى فى الاولى) فزفر يقول انه شرط فى معنى العلة فلا تقبل فيه شهادة النساء احتيالا للدرء والشافعى جرى على أصله ان شهادتهن غير مقبولة فى غير الاموال ولنا ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وانها مانعة من الزنى فلا تكون فى معنى العلة لان أدنى درجات العلة ان تكون مفضية الى المعلول وهو فى المانع غير معقول در ولكن ماجعله فى الدرر تعريفا للعلة جعله الزيلعى تعريفا للسبب وفرق بينهما بأن العلة ماتوجبه أى الحكم والسبب مايفضى اليه (فروع) خلا بها ثم طلقها وقال وطئتها وأنكرت فهو محصن باقراره دونها لان الاقرار حجة قاصرة كما لو قالت بعد الطلاق كنت نصرانية وقال أى الزوج كنت مسلمة فيرجم المحصن ويجلد غيره وبه استغنى عما يوجد فى بعض نسخ المتن من قوله اذا كان أحد الزانيين محصنا يحد كل منهما حده فيرجم المحصن ويجلد غير المحصن بحر ولا ينافيه ماسبق من قول المصنف وهما بصفة الاحصان زمن الدخول لان احصانهما ثابت بالنظر لاقرار المقر فلهذا يقام حد الرجم على المقر لاقراره دون الآخر لعدم سراية الاقرار عليه مالم يثبت احصانه بالبينة

(باب حدّ الشرب)

أى شرب المسكر أو المراد المشروب المعهود حموى أخره عن الزنى لانه أقبح منه وأغلظ عقوبة وقدمه على حدّ القذف لتيقن الحرمة فى الشارب دون القاذف لاحتمال صدقه وتأخير حدّ السرقة لانه لصيانة الاموال التابعة للنفوس بحر (قوله من شرب خمرا) ذكرا كان أو أنثى أو خنثى مشكلا أخذا من عموم كلمة من وهو النىء من ماء العنب اذا غلى واشتدّ وقذف بالزبد فان لم يقذف فليس بخمر عند الامام خلافا لهما و بقولهما أخذ أبو حفص الكبير خانية وفى البرهان وهو الاظهر وفى التنوير وعليه الفتوى ولو خلط بالماء فان كان الماء غالبا لا يحدّ الا اذا سكر خانية والظاهر فى المساوى انه يحدّ سكر أو لا تغليبا للحاظر على المبيح وفى المنية لو قال لم أعلم بحرمتها حدّ حموى لان العلم بالحرمة يكون حقيقيا وحكميا بأن يكون فى دارنا لكن يستثنى منه الحربى اذا دخل دارنا فأسلم فشرب الخمر جاهلا بالحرمة لا يحدّ بخلاف الزنى لحرمته فى كل ملة وأورد فى الدر حرمة السكر أيضا فى كل ملة انتهى وأقول هذا الايراد لا يلزم من شرب الخمر وجود السكر وكذا يستثنى ما اذا شرب الخمر حلال والتجأ الى الحرم فانه لا يحدّ لانه قد عظم الحرم بخلاف ما اذا شرب فى أصل الحرم فانه يحدّ لانه قد استخفه حموى عن البرجندى عن الظهيرية يعنى حدّ بعد اخراجه من الحرم للنهى عن اقامة الحدود فى المساجد والظاهر ان التقييد بالحلال فى كلامه اتفاقى أو لاستبعاد فعل هذه الجناية وهو فى هذه العبادة لا للاحتراز عن المحرم اذ لا يظهر بينهما فرق (قوله المكلفين) الناطقين ففى الخانية لا يحدّ الاخرس سواء شهد الشهود عليه أو أشار باشارة معهودة لان الحدود لا تثبت بالشبهات ويحدّ الاعمى ولو قال ظننتها لبنا أو قال لا أعلم انها خمر لا يقبل ذلك لانه يعرفها بالرائحة والذوق من غير ابتلاع وان قال ظننتها نبيذا قبل منه لان النبيذ بعد الغليان والشدّة يشارك الخمر فى الذوق والرائحة بحر (قوله لان الذمى الخ) لان حدّ السكر والخمر لا يقام على أحد من الكفار حتى لو ارتد فشرب خمرا او سكر من غيره فأسلم لا يحدّ لكن فى منية المفتى سكر الذمى من الحرام حدّ فى الاصح ولعل هذا هو العذر للمصنف فى حذفه قيد الاسلام الا انه فى فتاوى قارى الهداية أجاب بأن المذهب انه لا يحدّ وأفتى الحسن انه يحدّ واستحسنه بعض المشايخ لان السكر فى جميع الاديان حرام وفيها لو سرق الذمى أو زنى فأسلم

ان

وكانا مقرين بأن الولد ولدهما (رجم)
المشهود عليه فى الصورتين خلافا لزفر
والشافعى فى الاولى
(باب حد الشرب)
(من شرب خمرا) أى من المسلمين
المكلفين فى دار الاسلام لان الذمى
لا يحد وكذا المسلم لا يحد اذا شربها
فى دار الحرب

ان ثبت عليه ذلك باقرار أو شهادة المسلمين حدّ والا فلا نهر (قوله فأخذ وريحها الخ) أفاد اشتراط وجود ريحها وقت التحمل دون الاداء شيخنا (قوله موجود) فى الهداية موجودة وهو الحق لان الريح مؤنث سماعى وأجاب فى النهر بأن تذكير الخبر على معنى الشم أى وشم ريحها موجود قال الحموى وأقول لا حاجة الى هذا التكلف فان مفعولا بمعنى فعيل وفعيل اذا كان تابعا للموصوف لا تلحقه علامة التأنيث فكذلك ماهو بمعناه وقد كنت أجبت بهذا عن قول الهداية فى فصل كفارة الظهار ان الرقبة عبارة عن الذات المرقوق حيث لم يقل المرقوقة انتهى ولو أخر المصنف اشتراط وجود الرائحة عن السكر بأن قال بعد قوله أو كان سكران ولو بنبيذ وأخذ وريح ماشرب منه موجود لكان أولى بحر ومافى النهر من انه اكتفى بالسكر لاستلزامه ذلك نظر فيه الحموى بأن الريح قد تزول باستعمال بعض الادوية المزيلة للرائحة عقب الشرب انتهى واعلم ان وجه التنظير فى كلام صاحب النهر ان ماعلل به فى الاستلزام يفيد عدم اقامة الحدّ اذا ذهبت ريحها بالمعالجة ولو قبل زوال سكره وليس كذلك فلو علل الاكتفاء بأن وجود السكر مغن عن اشتراط وجود الرائحة لاستقام كلامه يدلك على هذا مانقله الحموى عن البرجندى عن المحيط من ان ذهاب الرائحة بالمعالجة لا يمنع اقامة الحدّ (قوله وشهد رجلان) بالشرب بعد ان ثبت عند القاضى ان الريح قائمة حال الشهادة بأن شهدا به أيضا أو بالشرب فقط فيأمر القاضى باستنكاهه فان زالت لبعد المسافة فلا بدّ من شهادتهما بالشرب أو يقولا أخذناه وريح الخمر موجودة وفى غير الخمر لا بدّ ان يشهدوا بأنه سكر من غيرها مع وجود رائحة المسكر قال فى الخانية ثم يسألهم عن الخمر ماهى وكيف شرب ومتى شرب وأين شرب انتهى قال فى النهر واستغنى المصنف عن ذلك بقوله وريحها موجود وتصريحه بكونه طائعا انتهى (قوله أو أقرّ مرة) لم يتعرّض المصنف لسؤال القاضى المقرّ عن الخمر ماهى وكيف شربها وأين شرب وينبغى ذلك كما فى الشهادة وفى قوله ان علم شربه طوعا اشارة الى ذلك شرنبلالية (قوله وريحها موجود) فلا فرق فى اشتراط عدم التقادم المفسر بذهاب الريح عندهما بين الشهادة والاقرار واما عند محمد فعدم التقادم المفسر عنده بمضى شهر شرط فى الشهادة فقط وليس بشرط فى الاقرار (قوله ان علم شربه طوعا) بأن شهدا بذلك وان لم يشهدا به لا تقبل بحر ولو قال أكرهت لا يقبل لان الشهود يشهدون بالطوع فلو قبل قوله لم يحدّ أحد ولو شهد بالاكراه بينة تقدّم حموى عن التتارخانية والحاصل ان شروط وجوب الحدّ خمسة الاوّل وجود ريح الخمر الثانى وجود السكر من غير الخمر من الاشربة المحرمة الثالث شهادة رجلين أو اقراره مرة واحدة الرابع ان يكون شربه طوعا الخامس ان يكون صاحيا (قوله وكذا فى حالة السكر لا يحدّ) كذا فى بعض النسخ فلو حدّ فى سكره لا يكتفى به لعدم فائدته بحر وسبقه اليه العينى قال فى الشرنبلالية وفيه تأمل انتهى لان الالم حاصل وان لم يكن كاملا و يصدق عليه انه حدّ فلا يعاد بعد صحوه من مناهى الشرنبلالى (قوله وانما قيدنا النبيذ بالتمر الخ) خلاف المختار قال فى النهر وفى طلاق البزازية لو سكر من الاشربة المتخذة من الحبوب والعسل المختار فى زماننا لزوم الحدّ وقال محمد ما أسكر كثيره فقليله حرام وهو نجس أيضا قالوا وبقول محمد نأخذ انتهى (قوله لانه لو كان من نبيذ العسل ونحو ذلك لا يحد) هذا انما يتم اذا جعلت الواو فى قوله ولو نبيذ التمر للحال اما اذا جعلت عاطفة على ضدّ الشرط المذكور فلا حموى (قوله لا يحدّ بمجرّد وجود الرائحة) وكذا الرجل يوجد معه ركوة من خمر وكان فى عهد أبى حنيفة من يقول بوجوب الحدّ عليه فقال له الامام لم تحدّه قال لان معه آلة الشرب والفسق فقال له الامام فارجمه اذن فان معه آلة الزنى كذا فى الظهيرية وفى حصر الثبوت فى البينة والاقرار دليل على ان من يوجد فى بيته الخمر وهو فاسق أو جلسوا مجلس من شربها ولم يرمنهم شربها لا يحدون بل يعزرون بحر (قوله بعد مضى ريحها) لان قيام الاثر من أقوى دلائل قرب الشئ فيقدر به بخلاف غيره من الحدود لعدم الاثر فيها فيتعذر اعتباره وكونه مقرّا لا ينافى التأكيد باشتراط الرائحة كما لا ينافى التأكيد فى الزنى باشتراط التكرار ومافى الدرر من جعله التقييد بقوله بعد مضى ريحها قيد المجموع الاقرار والشهادة

(فأخذ وريحها موجودا وكان
سكران ولو) كان سكره (بنبيذ التمر
وشهد رجلان أو أقر مرة) وريحها
موجود (ان علم شربه طوعا وصحا)
أى أفاق وان علم شربه كرها لا يحد
وكذا فى حالة السكر لا يحد وعن أبى
يوسف انه يشترط الاقرار مرتين وانما
قيدنا النبيذ بالتمر لانه لو كان من نبيذ
العسل ونحو ذلك لا يحد كذا فى الهداية
وانما قيد بشهادة الرجال لانه لا تقبل
فيه شهادة النساء وان شهدتا
مع رجل واعلم ان التقييد بالشهادة أو
الاقرار اشارة الى انه لا يحدّ بمجرد وجود
الرائحة كما يأتى صريحا فى المتن (وان
أقر) بشرب الخمر (أو شهدا) به طوعا
(بعد مضى ريحها الا لبعد المسافة أو
وجد منه رائحة الخمر أو تقاياها) أى
الخمر (أو رجع عما أقر) قبل اقامة
الحد أو فى وسطه

انتهى أى جميعهما لان المجموع يشمل الكل والبعض بخلاف الجميع بحسب الاستعمال كما سلكه الشيخ خالد فى شرحه على الآجرومية والازهرية والافعناهما لغة عكس ذلك شيخنا واعلم ان وجود الرائحة لا بد منها سواء كان قد شرب الخمر أو سكر من نبيذ وقول الزيلعى وأشار فى الهداية الى انه لا يشترط قال فى البحر انه غير صحيح لانه قال أولا ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة أو جاؤا به وهو سكران وثانيا فان أخذه الشهود وريحها توجد أو سكران وكونه سكران مغن عن اشتراط وجود الرائحة اذ لا يوجد سكران بغير رائحة ماشرب به انتهى وفيه نظر اذ مانقله فى البحر عن الهداية لا ينافى ما ادعاه الزيلعى من ان فى كلام الهداية اشارة الى عدم اشتراط وجود الرائحة اذا سكر من نبيذ مثلا فيكتفى بالسكر عن اشتراط وجود الرائحة حتى لو ذهبت الريح بالمعالجة لم يكن ذلك مانعا من اقامة الحد كما قدمناه عن البرجندى معزيا للمحيط وهذا الذى قد فهمه الزيلعى من عبارة الهداية هو الظاهر مما نقله فى البحر عنها أولا وثانيا حيث عبر بأو المشعرة بذلك وقوله فى البحر وكونه سكران مغن الخ تقرير لكلام الزيلعى وتعليله ذلك بقوله اذ لا يوجد سكران الخ غير مسلم لما علمت من عدم التلازم بينهما (قوله أو أقر حال كونه سكران) لانه يحتمل الكذب فيحتال لدرئه ودل كلامه ان اقراره حال السكر بالحدود الخالصة غير صحيح اما غير الخالصة كحد القذف فيصح وعرف منه ان اقراره بحقوق العباد الخالصة كالقصاص والاموال والنكاح صحيح بالاولى ولهذا لو أقر بالسرقة أخذ منه المال ولم يقطع وقالوا ان ارتداده غير صحيح أى قضاء كما فى الشرنبلالية عن الفتح اما ديانة فان كان فى الواقع قصد التكلم به ذاكرا لمعناه كفر والا فلا انتهى ولو أسلم ينبغى ان يصح كاسلام المكره زيلعى وفى النهر عن الفتح ما يخالفه ووفق شيخنا بما فى الخانية من ان اسلام المكره اسلام عندنا ان كان حربيا وان كان ذميا لا يكون اسلاما انتهى فيحمل كلام الزيلعى على الحربى وكلام الفتح على الذمى فتزول المخالفة هذا اذا سكر من محرم واما اذا سكر من مباح كشرب المضطر والمكره فلا تعتبر تصرفاته لانه بمنزلة الاغماء لعدم الجناية وفى الخانية لو زال عقله بالبنج وطلق ان كان يعلمه حين التناول وقع والا فلا وعن أبى يوسف ومحمد لا يقع من غير فصل وهو الصحيح انتهى وهذا يدل على ان البنج حلال على الصحيح بحر ويخالفه ما جزم به فى التنوير من كتاب الاشربة بحرمته ونصه ويحرم أكل البنج والحشيشة والافيون لكن دون حرمة الخمر انتهى قلت التوفيق بينهما ممكن بأن يحمل تصحيح البحر الاباحة على أحد نوعى البنج فلا ينافى ما جزم به فى التنوير من الحرمة لحمله على النوع الآخر لان البنج على نوعين كما نقله شيخنا عن القهستانى آخر كتاب الاشربة ونصه ان البنج أحد نوعى شجر القنب حرام لانه يزيل العقل وعليه الفتوى بخلاف نوع آخر منه فانه مباح كالافريت لانه وان اختل العقل به لكنه لا يزيله وعليه يحمل ما فى الهداية وغيرها من اباحة البنج كما فى شرح اللباب ونقل شيخنا أيضا عن نوح أفندى فى الاشربة ان البنج ثلاثة أصناف منه ما بزره أسود ومنه ما بزره أحمر ومنه ما بزره أبيض واخبثه الاسود ثم الاحمر والابيض أسلم منهما وهو المستعمل لتسكين الاوجاع ومنع النزلات والتنويم لكن يغيب العقل ويحدث الجفاف وكثيره يقتل اذا لم يعالج ووزن المثقالين من الاسود يقتل كما ان درهمين من الافيون يقتل اذا لم يعالج واعلم ان السكران كالصاحى الا فى سبع كما فى الاشباه وغيرها وهى الردة والاقرار بالحدود الخالصة والاشهاد على شهادته وتزويج الصغيرة أو الصغير بأقل من مهر المثل أو بأكثر فانه لا يتوقف والوكيل بالطلاق اذا سكر فطلق لم يقع والوكيل بالبيع اذا سكر فباع لم ينفذ ولو غصب من صاح ورد عليه وهو سكران لا يبرأ انتهى وكون المسائل المستثناة سبعة يبتنى على مذهب الامام ومحمد من ان ارتداده لا يصح واما عند أبى يوسف فارتداده كفر كما فى الزيلعى عن الذخيرة والخلاف فيما لو سكر من محرم فلو من مباح لم يكفر بالاتفاق وانما لا يصح ارتداده فلا تبين امرأته لعدم القصد والاعتقاد كما فى الزيلعى وفى العناية روى ان عبد الرحمن ابن عوف صنع طعاما فدعا بعض أصحابه فأكلوا وسقاهم خمرا وكان ذلك قبل تحريمها فأمهم فى صلاة المغرب عبد الرحمن أو غيره وقرأ سورة الكافرون بطرح اللاآت مع ان اعتقادها كفر ولم يكن ذلك كفرا

من

(أو أقر) حال كونه (سكران بان زال عقله

من ذلك القارئ فعلم ان السكران لا يكفر بما جرى على لسانه من الكفر انتهى فان قلت كما ان الكفر من الاعتقاد فكذا الاسلام ويصح اسلام السكران وأيضا اجراء كلمة الكفر على لسانه غير متوقف على تبدل الاعتقاد كالصاحى فلم توقف هنا قلت نعم الا ان السكران له نوع تمييز بدليل توجه الخطاب اليه وصحة طلاقه ونحوه لان السكر يخلط عقله ولا يسلبه فاعتبرنا ذلك القدر فى صحة اسلامه دون كفره لان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه كما فى ارتداد المكره واسلامه واما الثانى فلان الصاحى اذا جرى على لسانه الكفر دل على الاستخفاف بالدين لثبات عقله فيكفر بخلاف السكران وما فى الكتاب استحسان والقياس ان تبين امرأته حموى عن الرمز قال لكن فى الجواب الاول نظر يعلم بمراجعة الحواشى اليعقوبية انتهى وقوله واما الثانى هو قوله وأيضا اجراء كلمة الكفر الخ (قوله لا يحد فى جميع الصور المذكورة) اما سقوط الحد فيما اذا شهدوا به أو أقر بعد مضى الرائحة فللتقادم وفى الرجوع فلانه خالص حق الله وفيما اذا وجد منه رائحة الخمر أو تقاياها بدون اقرار ولا بينة فلانه يحتمل انه شربها مكرها أو مضطرا والرائحة تحتمله أيضا فلا يجب بالشك وفيما اذا أقر وهو سكران فلان الاقرار يحتمل الكذب فكان شبهة (قوله خلافا لمحمد فى صورة الاقرار والشهادة بعد المضى) هذا مبنى على ان التقادم فى الشرب مقدر بشهر عنده كغيره من الحدود فيما اذا ثبت عليه بالبينة وان ثبت بالاقرار يؤخذ باقراره ولا يبطل بالتقادم لمحمد حيث لم يشترط وجود الرائحة ان عثمان أقام الحد على الوليد بن عقبة بشهادة الشهود ولم يشترط وجود الرائحة عينى ولانها قد تكون من غيره كما قال الشاعر

يقولون لى انكه شربت مدامة * فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا

ولهما قول ابن مسعود فيمن شرب الخمر تلتلوه ومزمزوه ثم استنكهوه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه وعن عمر انه أتى برجل قد شرب الخمر بعد ما ذهبت رائحتها واعترف به فعزره ولم يحده ولا يقال هذا استدلال بنفى الحكم عند انتفاء الشرط وهو فاسد لانا نقول بل هو استدلال بعموم الاجماع لان ثبوت هذا الحد كان باجماع الصحابة وكان اجماعهم برأى عمر وابن مسعود وقد شرطا فيه الرائحة ولا اجماع عند عدم الرائحة ومطلق قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه مخصوص بالمضطر والمكره فجاز تخصيصه أيضا باجماعهم زيلعى وهو ظاهر فى ترجيح مذهب الامام الاعظم وأبى يوسف لكن فى النهر عن الفتح انه انتصر لمحمد حيث قال وهو الصحيح وفى غاية البيان والصحيح عندى قول محمد انتهى فقد اختلف الترجيح والوليد بن عقبة بالقاف كان ولاه عثمان الكوفة بعد عزل سعد بن أبى وقاص واستعظم الناس ذلك ثم عزله بعد جلده وولاها سعيد بن العاص وأسلم الوليد وأخوه عمارة يوم الفتح شيخ عبد الحى عن الاصابة والتلتلة التحريك الشديد والمزمزة التحريك بعنف نهر قال شيخنا وهذا يوافق ما فى القاموس فان الذى فيه المزمزة بتقديم الميمين على الزاءين ومثله فى النهاية وذكر الشيخ عبد الحى ان فى الحديث روايتين تلتلوه بلامين وترتروه براءين ومعناهما التحريك انتهى والذى وجدته بخط الحموى فى شرحه قلقلوه بالقاف مكان التاء والنكهة ريح الفم ونكهته تشممت ريحه واستنكهت الرجل فنكه فى وجهى ينكه نكها بالفتح اذا أمرته بأن ينكه لتعلم أشارب هو أم غير شارب شيخنا عن الصحاح (قوله وقالا هو من يهذى الخ) أى من يكون أكثر كلامه هذيانا بدليل ما فى الدرر عن البحر من انه اذا كان نصف كلامه مستقيما فليس بسكران انتهى وعند الشافعى المعتبر ظهور أثر السكر فى مشيه وحركاته وأطرافه قال الزيلعى وهذا مما يختلف بالاشخاص فان الصاحى ربما يتمايل فى مشيه والسكران قد لا يتمايل (قوله واليه مال أكثر المشايخ) وفى الخانية وبقولهما أفتى المشايخ وفى الفتح واختاروه للفتوى واستدل للامام فى الظهيرية بما روى عن ابن عباس انه قال من بات سكران بات عروسا للشيطان فعليه ان يغتسل اذا أصبح فهذا اشارة الى ان السكران من لا يحس بشئ مما يصنع به بحر ولان الحد عقوبة فتعتبر النهاية فى سببه احتيالا للدرء ونهاية السكران يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز أصلا وما دونه لا يخلو عن شبهة

(لا) يحد فى جميع الصور المذكورة خلافا لمحمد فى صورة الاقرار والشهادة بعد المضى قوله بأن زال عقله بيان حد السكران يعنى انما يتحقق كونه سكران اذا زال عقله فلا يعرف الرجل من المرأة ولا الارض من السماء وقالا هو من يهذى ويخلط جده بهزله ولا يستقر على شئ فى صواب وخطأ واليه مال أكثر المشايخ وانما قال لا بعد المسافة لانه لو ذهبت ريحها بسبب البعد حد

الصحو والمعتبر فى القدح المسكر فى حق الحرمة ماقالاه بالاتفاق للاحتياط فى الحرمات زيلعى (قوله وحدّ السكر) بضم السين وسكون الكاف كذا السماع لا بفتحتين وهو عصير الرطب اذا اشتدّ وقيل كل شراب أسكر وفيه قصور لانه يقتضى وجوب الحدّ بمجرد الشرب كالخمر وجوابه كما فى النهر ان هذا مدفوع بما قدمه أوّل الباب من انه لا يحدّ بشئ من الانبذة الا بالسكر (قوله وللعبد نصفه) لرواية الموطأ ان عمر وعثمان وعبد الله بن عمر جلدوا عبيدهم نصف الحدّ فى الخمر نهر ولان الرق منصف بحر (قوله سواء كان حرا أو عبدا) صوابه أربعون ان كان حرا وعشرون ان كان عبدا حموى للشافعى ماروى عن أنس انه عليه السلام ضرب فى الخمر بالجريد والنعال وضرب أبو بكر أربعين وبه قال أحمد فى رواية ولنا قول على رضى الله عنه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وعلى المفترى ثمانون جلدة وعليه اجماع الصحابة وما رواه كان بجريدتين أو بنعلين فكان كل ضربة ضربتين والذى يدلك على هذا قول أبى سعيد جلد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الخمر بنعلين فلما كان فى زمن عمر جعل بدل كل نعل سوطا وفى الصحيح ان عثمان أمر عليا ان يجلد الوليد ثمانين عينى (قوله وفرق على بدنه) لان تكرار الضرب فى موضع واحد قد يفضى الى التلف وانما قال كحدّ الزنى تنبيها على انه يتوقى المواضع التى استثنيت فى حدّ الزنى وهى الرأس والوجه والفرج (قوله وتنزع ثيابه) يعنى غير الازار در وهذا أى نزع ثيابه هو المشهور عن أصحابنا لان سببه متيقن به كحدّ الزنى بخلاف حدّ القذف لاحتمال ان يكون القاذف صادقا عينى ففى حدّ القذف لا يجرد اتفاقا الا الفرو والحشو نهر وفيه عن البحر انه يجرد فى التعزير وفى الشرنبلالية اشارة الى ان المرأة لا تجرد عن ثيابها الا انه قال وينزع ثوبه أى الرجل (قوله وعن محمد لا يجرد هاهنا) اظهارا للتخفيف بخلاف حدّ الزنى عينى قال فى الغاية وهو الاصح عندى لعدم ورود النص بذلك نهر (فروع) أقيم عليه بعض الحدّ فهرب ثم أخذ بعد التقادم لا يحدّ لما ان الامضاء من القضاء فى باب الحدود ولو شرب ثانيا يستأنف الحدّ *سكران أو صاح جمح به فرسه فصدم انسانا فمات ان قادرا على منعه ضمن والا لا در عن العمادية ومنه يعلم ان ما فى الدرر من قوله ان أقيم عليه بعض الحدّ فهرب فشرب ثانيا يستأنف الحدّ أى للشرب ثانيا اما الاول فلا

(باب حدّ القذف)

القذف لغة الرمى بالشئ وشرعا الرمى بالزنى وهو من الكبائر باجماع الامة واستثنى منه الشافعية ما كان فى خلوة لعدم لحوق العار وقواعدنا لا تاباه بحر وخالفه فى النهر وادّعى انه من الكبائر ولو فى الخلوة كما ذكره البلقينى مخالفا لابن عبد السلام وهذا اذا كان المقذوف محصنا اما قذف غير المحصن كصغيرة ومملوكة وحرة متهتكة من الصغائر در (قوله أى من جهة العدد) أشار بهذا التفسير الى بيان معنى الكمية واعرابها حموى (قوله بأن شهد رجلان) و يسألهما القاضى عن القذف ماهو وكيف هو فان قالا نشهد انه قال له يا زانى قبلت شهادتهما وحدّ القاذف ان كانا عدلين فان شهد أحدهما انه قال له يا زانى يوم الجمعة والآخر انه قال يا زانى يوم الخميس تقبل هذه الشهادة عنده وقالا لا تقبل وكذا لو شهد أحدهما بالاقرار والآخر بالانشاء بحر عن الظهيرية وفى الشرنبلالية عن الكمال لا بدّ من اتفاق الشاهدين على زمان القذف انما هو على قولهما بقى ان ظاهر ما سبق عن البحر معزيا للظهيرية من قوله وكذا لو شهد أحدهما بالاقرار والآخر بالانشاء يفيد قبول هذه الشهادة عند الامام وكلامه فى النهر يفيد الاتفاق على انها لا تقبل ونصه ولو شهد أحدهما انه قذفه يوم الخميس والآخر انه أقرّ بقذفه فى ذلك اليوم لم يحدّ فى قولهم واما اتفاقهما على اللغة التى وقع القذف بها فالظاهر من كلامهم انه شرط بالاتفاق وقال الحموى و ينبغى ان يسألهما عن المكان لاحتمال ان يكون قذفه فى دار الحرب أو البغى وعن الزمان لاحتمال

ان

(وحد السكر) حد شرب (الخمر) ولو شرب قطرة ثمانون سوطا) للحر (وللعبد نصفه) وقال الشافعى حد الشرب أربعون سوطا حرا كان أو عبدا (وفرق) حد الشرب (على بدنه) (كحدّ الزنى) وعن محمد وتنزع ثيابه لا يجرد هاهنا
(باب حد القذف) (هو كحد الشرب كمية) أى من جهة العدد (وثبوتا) بأن شهد رجلان أو أقر مرة

ان يكون قذفه فى صباه لا لاحتمال التقادم لانه لا يبطل به بخلاف سائر الحدود ثم رأيت الاوّل فى البدائع انتهى (قوله ولو قذف الخ) يعنى وعجز القاذف عن اثبات ما رماه فلو أقام أربعة شهدوا على زنى المقذوف ولو فى حال حدّه على احدى الروايات فلا حد على القاذف لخروج المقذوف عن كونه محصنا وكذا لو صدقه وهل يحدّ المقذوف ان شهدا بحدّ متقادم لم يحدّ ولو أقامها بعدما حدّ قال الكرخى تقبل اذ الضرب الذى ليس بحدّ لا يمنع قبولها وفى شرح القاضى ابن أبى عوف لا تقبل فيحتمل ان يكون فيه روايتان نهر وقوله اذ الضرب الذى ليس بحدّ لا يمنع قبولها يعنى لانه بعد اقامة البينة تبين ان ذلك الضرب لم يكن حدّا فى نفس الامر (قوله رجل أو امرأة) أشار بهذا المزج الى ان فى كلام المصنف حذف الفاعل وهو لا يجوز الا فيما استثنى حموى (قوله محصنا أو محصنة) قيد بذلك لانه لو قذف غيرهما لم يحدّ ومنه ما لو قذف خنثى مشكلا لان نكاحه موقوف وهو لا يفيد الحل نهر وفيه نظر لانه لا دخل للنكاح البات المفيد للحل فى ايجاب حدّ القذف حتى يترتب على عدمه عدم وجوب الحدّ وانما ذاك فى حدّ الزنى بالرجم حموى واعلم ان قوله ان نكاحه موقوف يشير الى انه اذا زوّج خنثى من خنثى فظهر أحدهما رجلا والآخر امرأة صح النكاح ولو كان الذى ظهرت ذكورته فرض وقت العقد أنثى كما فى الفتاوى الخيرية ويشترط أيضا أن لا يكون مجبوبا ولا أخرس وان لا تكون المرأة رتقاء ولا خرساء اذ المجبوب والرتقاء لا يحدّ قاذفهما لانهما وان صدق عليهما تعريف المحصن لا يلحقهما العار بذلك لظهور كذبه بيقين والاخرس طلبه بالاشارة ولعله لو كان ينطق لصدقه شرنبلالية عن البحر والمبسوط وكذا لا حد على الاخرس بقذفه بان كان قاذفا بالاشارة أو الكتابة حموى عن شرح ابن الحلبى وكذا لو خرس قبل الحدّ أو ارتد أو زنى أو وطئ حراما لاشبهة فى النوع الاوّل وزوال الاحصان فى النوع الثانى وما فى النهر من انه يشترط ان لا يكون خصيا ولا مملوكا للقاذف كما سيأتى تعقبه الحموى بأن الذى سيأتى ما اذا قذف أم مملوكه واما المملوك فقذفه لا يوجب الحدّ مطلقا سواء كان مملوكه أو مملوك غيره كما سيأتى فى التعزير وحينئذ لا معنى للتقييد بمملوكه والخصى يتصور منه الزنى فانه من نزعت خصيتاه وبقى ذكره وقد اعتبروا فى كون الخصى عنينا عدم انتشار آلته وحينئذ كان الصواب ان يقال أو خصيا عنينا انتهى (قوله أو يا زانى) ولو قال لرجل يا زانية لا يحدّ فى قولهما وقال محمد يحدّ نهر قلت لعل محمله عند محمد جعل التاء للمبالغة ثم رأيت التصريح به فى الجوهرة حموى وأجمعوا انه لو قال لامرأة يا زانى حدّ نهر قلت فلينظر الفرق والفرق كما يؤخذ من الجوهرة ان الاصل فى الكلام التذكير ووجهه فى الشرنبلالية بأن الترخيم شائع وتعقبه الحموى بأن الترخيم خاص بالعلم ولو قال لجماعة كلكم زان الا واحدا وجب الحدّ نهر ولقائل ان يقول كل واحد منهم صالح لان يكون مستثنى وحينئذ لا يجب الحدّ والجواب انه لو اعتبر ذلك للزم استثناء الكل من الكل وهو باطل حموى ونقل عن البدائع انه لو قال كلكم زان واحدا باسقاط أداة الاستثناء لا يجب الحدّ لان المقذوف مجهول انتهى ولو قال لرجلين أحد كما زان فقيل له هذا فقال لا لا حد عليه لان أصل القذف لم يقع موجبا نهر وعلله فى البدائع بانه لم يقذف الآخر بصريح الزنى ولا بما هو فى معنى الصريح حموى وقوله ولا بما هو فى معنى الصريح كما لو قال صدقت هو كما قلت يخاطب من قال لغيره يا زانى كما سيأتى (قوله ونحو ذلك) بالنصب عطفا على مفعول قال (قوله من صريح الزنى) أى من أى لسان كان شرنبلالية عن البرهان ومثله النيك ولو قال يا زانئ بالهمز لم يحدّ در ولو قال لرجل يا زانى فقال له غيره صدقت حد المبتدئ دون المصدّق ولو قال له صدقت هو كما قلت فهو قاذف أيضا ولو قال زنيت ببعير أو ناقة أو ما أشبهه لا حد عليه لانه نسبه لاتيان البهيمة ولو قال لامرأة زنيت بناقة أو أتان أو ثور أو دراهم فانه يحدّ لان معناه زنيت وأخذت البدل ولو قال زنيت بحمار أو بعير أو ثور لا يحدّ كذا فى الفتح وبه يتبين ان حد القذف لا يجب مع التصريح بالزنى فى بعض المسائل لقرينة ويجب فى بعضها مع عدم التصريح مثل قوله فيما تقدم صدقت هو كما قلت فحينئذ يحتاج لضبط هذه المسئلة شرنبلالية عن البحر فان قلت يحتمل ان يكون المراد من

(ولو قذف) رجل أو امرأة رجلا (محصنا أو) امرأة (محصنة بزنى) بأن قال زنيت أو أنت زان أو يا زانى أو نحو ذلك من صريح الزنى

قوله لها زنيت بحمار او بعير او ثور انها أخذت ذلك بدلا على الزنى فيكون كقوله زنيت بناقة ونحوه فلم
يسقط عنه الحد قلت انما سقط للاحتمال الآخر وهو ان يكون المراد نسبتها للتمكين من البهائم فلم يكن
صريحا قال الحموى والفرس نظير الحمار بخلاف الرمكة فانها نظير الاتان انتهى عن البدائع (قوله حد
بطلبه) اشترط طلبه مع ان حقه مغلوب احتيالا للدرء ولو المقذوف غائبا عن مجلس القذف وان لم يسمعه
أحد بل وان أمره المقذوف بذلك در وقوله مع ان حقه مغلوب يبتنى على ما هو الاظهر من ان الغالب فيه
حق الله كما فى الهداية والمطالبة ان يقول ان هذا قذفنى وان لى عليه حد القذف فأنا أطالبه بذلك حموى
فان قلت يشكل على اشتراط الطلب ما فى الدر عاين القاضى رجلا زنى أو شرب لم يحده استحسانا وعن
محمد يحده قياسا على حد القذف والقود فهذا يقتضى عدم اشتراط الطلب من المقذوف والولى قلت لا نسلم
ذلك وانما المراد ان رؤيا القاضى القذف أو القتل تغنى المدعى عن الاثبات وأما الطلب منهما فلا بد منه
وفى الزنى والشرب لا بد من ثبوتهما بالبينة أو الاقرار ولا يكتفى بمعاينة القاضى (قوله كابن المقذوف)
يعنى وكان المقذوف ميتا كما سيأتى فى المتن (قوله لان حد القذف لا يجب بالتعريض) حتى لو استب
شخصان فقال أحدهما ما انا بزان ولا أمى بزانية لا حد عليه كذا فى الخانية خلافا لما ذكره ابن وهبان عن
بعضهم قال امى ليست بزانية حال التخاصم حد وكذا لا حد بقوله يا حرام زاده وما فى الدر عن القنية يحد
ابوه نسبه فلا حد انتهى اى فلا حد على من قال له انه ابن زنى (قوله مكلفا) اى عاقلا بالغا فقذف
الصبى ولو مراهقا والمجنون لا يوجب الحد وفى البحر عن الظهيرية لو قذف مراهقا فادعى البلوغ بالسن
او الاحتلام لم يحد القاذف بقوله انتهى قال فى الشرنبلالية فهذا يستثنى من قول أئمتنا لو راهقا وقالا بلغنا
صدقا واحكامهما احكام البالغين انتهى (قوله حرا) وفى الخانية ولا يجب حد القذف الا ان يكون
المقذوف حرا ثبتت حريته باقرار القاذف او بالبينة اذا انكر القاذف حريته وكذا اذا انكر القاذف حرية
نفسه وقال انا عبد وعلى حد العبيد كان القول قوله انتهى ويثبت الاحصان بشهادة رجل وامرأتين
و بعلم القاضى ولا يحلف القاذف لا يعلم ان المقذوف محصن بحر عن الفتح وظاهر قوله فى النهر انه يحتاج
الى اثباتها اى الحرية وان كان معروف النسب حموى ويشترط وجود الاحصان وقت الحد حتى لو ارتد
سقط وان اسلم بعد ذلك (قوله عفيفا عن الزنى) بأن لم يكن وطئ امرأة بالزنى ولا بشبهة ولا بنكاح فاسد
فى عمره فان كان فعل ذلك مرة سقطت عدالته ولا حد على قاذفه وكذا لو وطئ فى غير الملك أو وطئ امة
مشتركة سقطت عدالته وان وطئ مملوكته وحرمتها موقتة لا تسقط عدالته كما اذا وطئ امرأته فى الحيض
او امته المجوسية وان كانت مؤبدة يسقط احصانه كامته وهى اخته رضاعا شرنبلالية عن الكمال قال
ولم يصور الكمال بوطء الامة التى زوجها الان ملك متعتها ليس الا لزوجها خلافا للزيلعى حيث ذكر ان وطء
امته التى زوجها لا يسقط احصانه ولو مس امرأة او نظر الى فرجها بشهوة فتزوج بنتها او امها ودخل بها
لا يسقط احصانه عند ابى حنيفة وعندهما يسقط لتأبيد الحرمة وله ان كثيرا من الفقهاء يصححون نكاحها
وانما قال بحرمتها احتياطا فهى حرمة ضعيفة لا ينتفى بها الاحصان الثابت بيقين بخلاف الحرمة الثابتة
بزنى الاب فانها ثابتة بظاهر قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء فلا يعتبر الخلاف فيها مع وجود
النص شرنبلالية (قوله عن الزنى) وما فى معناه قال فى المبسوط واذا تزوج امرأة بغير شهود او فى عدة
زوج آخر او تزوجها وهى مجوسية ووطئها سقط احصانه لان العقد الفاسد غير موجب للملك والوطء
فى غير الملك فى معنى الزنى حموى عن ايضاح الاصلاح فعلى هذا يفرق بين ما لو وطئ المجوسية بالنكاح حيث
يسقط احصانه بخلاف وطئها بملك اليمين و وجه الفرق ان تمجسها مانع من صحة العقد عليها ولهذا لو أسلمت
لم يجز وطؤها قبل تجديد العقد عليها بخلاف ملك اليمين فانه غير مانع من صحته وان كان مانعا من جواز
وطئها ولهذا لو أسلمت لا يشترط لحل وطئها شئ آخر (قوله عن الوطء الحرام فى الملك) كوطء زوجته
فى حيضها او وطء أمته المجوسية واحترز بقوله فى الملك عن الوطء الحرام فى غير الملك كالوطء بشبهة او بنكاح

(حد بطلبه) أى المقذوف حدا (متفرقا) كما فى حد الزنى وان لم يطلبه لا بعد الا ان يطلب غير المقذوف الذى يقع القدح فى نسبه كابن المقذوف حده الحاكم أيضا وانما قلنا من صريح الزنى لان حد القذف لا يجب بالتعريض (ولا ينزع عنه) ههنا (غير الفرو والحشو واحصانه بكونه مكلفا حرا مسلما عفيفا عن الزنى) قوله عن الزنى احتراز عن الوطء الحرام فى الملك فانه لا يخرج الواطئ عن ان يكون محصنا

فاسد و وطء الجارية المشتركة و وطء من هى محرمة عليه على التأبيد كامته التى هى اخته وما فى البحر من انه
قيد بقوله عفيفا عن الزنى لانه لا تشترط العفة عن الوطء الحرام نظر فيه الحموى بان من جملة الوطء الحرام
الذى ليس بزنى الوطء بنكاح فاسد والوطء بشبهة مع انه تشترط العفة عنهما قال والجواب انه أراد الحرام
لغيره انتهى قلت والقرينة على هذه الارادة قوله فى البحر والحاصل ان من زنى أو وطئ بشبهة او بنكاح
فاسد فى عمره او وطئ من هى محرمة عليه على التأبيد سقط احصانه والا فلا انتهى والعجب من السيد الحموى
انه بعد ان ذكر الجواب عن صاحب البحر بانه أراد الحرام لغيره ذكر ان ما ذكره فى البحر من هذا الحاصل
مناف لما سبق من قوله قيد بقوله عفيفا عن الزنى الخ فكانه ذهل عما ذكره من الجواب وما ذكره فى الكافى
كل شئ اختلف فيه الفقهاء فحرمه بعضهم واحله بعضهم فانى أحد قاذفه وفيه قال أبو يوسف كل من درأت
الحد عنه وجعلت عليه المهر وأثبت نسب الولد منه فانى أحد قاذفه قال فى النهر ويشكل على الكلية
الثانية ما لو وطئ الامة المشتركة فانه لا يحد قاذفه قال العلامة الحموى انما يتم الاشكال اذا كان أبو يوسف
يقول بعدم الحد وروى عن أبى يوسف انه يحد كما فى المفتاح وعليه فلا اشكال انتهى ولو وطئ أمته ثم
استبان انها أخته يحد قاذفه ولو شهد أربعة على رجل انه زنى بفلانة بنت فلان الفلانية وأثبتوه والمرأة
غائبة ورجم الرجل ثم قذفت تلك المرأة الغائبة فخاصمته الى القاضى الذى قضى بالرجم القياس ان يحد
قاذفها الان القاضى انما قضى عليه لا عليها وفى الاستحسان لا يحد بحر وفيه عن القنية لو سمع اناس من اناس
كثيرة ان هذا ولد فلان وفلان يجد فلهم ان يشهدوا انه ولده بمجرد السماع وان لم يعلموا حقيقة الحال
ولو قذف شخص هذا الولد بانه ابن زنى لا حد عليه انتهى (قوله فلو قال لغيره لست لابيك الخ) ولو نفاه عن
امه أو قال لست لابيك وامك أو لست ابن فلان وفلانة وهما أبواه لا حد عليه مطلقا شرنبلالية عن الفتح
والبحر وانما لا يحد بقوله لست لامك لانه صدق لان النسب الى الآباء عينى (قوله فى غضب) متعلق
بالمسئلتين نهر وهو مستفاد من كلام الشارح (قوله حد) لاثر ابن مسعود قال لا حد الا فى قذف محصنة
او نفى رجل عن أبيه وشرط ان يكون فى غضب لانه فى غير حالة الغضب قد يراد به المعاتبة أى انت لا تشبه
أباك فى المروءة والسخاء فلا يحد مع الاحتمال وفى حالة الغضب يراد به الحقيقة زيلعى وكذا يحد بقوله
يا فرخ الزنى يا بيض الزنى يا حمل الزنى يا سخل الزنى بخلاف ما لو قال يا كبش الزنى نهر وفيه عن الجوهرة
لو قال لست ولد حلال كان قذفا (قوله كنفيه عن جده) لانه صادق فى كلامه لانه ابن أبيه لا ابن جده
عينى (قوله لعربى) أى منسوب الى العرب وهم الجيل المعروف وكل من سكن بلاد العرب وجزيرتها
ونطق بلسان اهلها فهو عرب حموى (قوله يا نبطى) بفتح الموحدة كما فى القاموس وينبغى فى الغضب ان
يعزر لان النسبة الى الاخلاق الدنيئة تجعل شتما فى الغضب ويؤيده ما فى المبسوط لو قال لست بهاشمى
عزر وعلى هذا لو نسبه لغير قبيلته او نفاه عنها نهر (قوله ويا ابن ماء السماء) لانه يراد به التشبيه فى الجود
والسماحة والصفاء وكان عامر بن حارثة يلقب بماء السماء لكرمه وقالوا انه كان يقيم ماله فى القحط مقام
القطر وسميت أم المنذر بن امرئ القيس بماء السماء لحسنها وجمالها وقيل لاولادها بنى ماء السماء وهم ملوك
العراق زيلعى ولقب به أيضا النعمان بن المنذر حموى قال فى ايضاح الاصلاح وفيه نظر لان حالة الغضب
تأبى عن هذا القصد والجواب كما فى النهر هو انا نلتزمه فنجعله سبا لنفى الشجاعة فى هذه الحالة اما كونه
نفيا موجبا للحد فلا اذ لم يعهد استعماله لذلك القصد قال فى الفتح ولو كان هناك رجل معروف اسمه ماء
السماء يحد فى حال السباب بخلاف ما اذا لم يكن انتهى (قوله او لست بعربى او لست من قبيلة فلان الخ) المنفى
لزوم الحد فلا ينافى ما سبق عن النهر من انه يعزر (قوله النبط جيل من الناس مختصون بالاخلاق
الذميمة الخ) ألا ترى انه يقال للمصرى انت رستاقى او أنت قروى وروى عن ابن عباس انه سئل عن رجل
قال لرجل من قريش يا نبطى فقال لا حد عليه زيلعى وهو حجة على ابن أبى ليلى درر (قوله ونسبته الى عمه
الخ) أما اذا نسبه الى عمه او خاله او مربيه فلانه ينسب اليهم عادة مجازا وكذا اذا نسبه الى جده لهذا المعنى

(ولو قال لغيره لست لابيك أو لست بابن فلان فى غضب) متعلق بقال (حد) هذا انما يكون قذفا اذا كانت أمه محصنة لانه فى الحقيقة قذفها (وفى غيره) أى غير الغضب (لا) يحد (كنفيه) أى كما لا يحد فى نفيه (عن جده) بان قال لست بابن فلان وفلان جده (وقوله) أى كما لا يحد فى قوله (العربى يا نبطى ويا ابن ماء السماء) او لست بعربى اولست من قبيلة فلان لقبيلته التى هو منها وقال ابن أبى ليلى يحد النبط جيل من الناس مختصون بالاخلاق الذميمة وعدم الفصاحة (ونسبته) أى كما لا يحد فى نسبته (الى عمه) او جده أو زوج أمه (أو خاله أو رابه) أى الذى رباه (ولو قال) لرجل (يا ابن الزانية وأمه

قال تعالى حكاية عن اسرائيل وبنيه عليهم السلام حين حضرته الوفاة قالوا نعبد الهك واله آبائك ابراهيم
واسماعيل واسحاق وابراهيم كان جده واسحاق أباه واسماعيل عمه وقال عليه السلام الخال اب وقال
تعالى حكاية عن نوح عليه السلام ان ابنى من أهلى قيل انه كان ابن امرأته ونسبته الى المربى فى الكتاب
دون زوج الام يشير الى ان العبرة فيه لتربيته لا غير حتى لو نسبه الى من رباه وهو ليس بزوج لامه وجب
ان لا يحد زيلعى فعطف الراب على زوج الام فى كلام الشارح من عطف العام على الخاص (قوله ميتة)
قيد بموتها لانها اذا كانت حية فالمطالبة لها وعند وجود المقذوف ليس لاحد المطالبة حتى اذا كان
المقذوف حيا غائبا ليس لاحد ان يؤاخذه بالحد عزمى عن شروح الهداية (قوله وهو جد المقذوف) اى
اب أبيه اما جده لامه فليس له الطلب والتقييد بالوالد اتفاقى اذ الام كذلك ولا يشترط احصان الطالب
فلو قال المصنف ولو قذف ميتا محصنا فلاصله وان علا وفرعه وان سفل مطلقا المطالبة لكان اولى ليشمل
مالو كان المقذوف أبا او أما او كان الطالب للحد غير محصن كما لو كان اصل الميت المحصن او فرعه كافرا
او عبدا ولو عفا البعض اوصدق القاذف كان لمن بقى حق الخصومة ولو قال جدك زان لا حد عليه لان
فى اجداده من هو كافر فلا يكون قاذفا مالم يعين مسلما بحر (قوله كافرا الخ) لانه من أهل الاستحقاق
اذ الكفر أو الرق لا ينافيه وقد عيره بنسبة محصن الى الزنى بخلاف ما اذا قذفه هو لانه ليس بمحصن بحر
(قوله وقال زفر لا يجوز للولد الكافر الخ) ومافى الدرر من عزو الخلاف لمحمد غلط عزمى زاده (قوله وقال
محمد ليس لولد البنت حق المطالبة) يعنى فى رواية ليست هى ظاهر الرواية عنه شرنبلالية عن الفتح ووجه
هذه الرواية انه منسوب الى أبيه لا الى امه فلا يلحقه الشين بزناها ألا ترى انه لا يدخل ابن البنت فى الوقف
على اولاده وأولاد اولاده وفى الواقعات الفتوى على قول محمد وفى ظاهر الرواية النسب يثبت من الجانبين
فكان القذف متناولا له أما الوقف فهو ممنوع على رواية الخصاف ولئن سلم فالوقف فى معنى الوصية التى
هى اخت الميراث والابن انما ينسب الى الاب دون الام ألا ترى انه لا يحجب الزوج عن النصف ولا الزوجة
عن الربع ويحجبهما ولد الابن فكذلك الحكم فى الوقف كذا فى البناية قلت اذا ثبت النسب من الطرفين
على ماهو ظاهر الرواية فابن الشريفة شريف وقد توقف فيه السيد الحموى ثم رأيت بخط شيخنا مانصه
الولد يتبع الاب فى النسب كما فى الدرر وفرع عليه فى الشرنبلالية بقوله فولد العامى من الشريفة ليس
بشريف وقد سبقه العلامة زين بن نجيم ونصه ان لم يكن أبوه شريفا الا يكون شريفا واما ابو السعود
أفندى فأجاب بما نصه هو سيد وشريف وبه أفتى استاذنا الاعظم مفتى الثقلين ابن كمال باشا وكتب الشيخ
ابراهيم مفتى الحنفية بدمشق الشأم هو سيد وشريف لان الشرف والسيادة بهذا النسب المطهر المشرف
شرفه الله تعالى فى الابتداء جاء من الام وهو كونها بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم وكتب عليه بعد
نقله السيد الحموى قلت فيه نظر أى فى قوله جاء من الام ثم نقل شيخنا عن الصغناقى مانصه سألت الشيخ
حميد الدين الضرير عمن له ام سيدة وأبوه ليس بسيد قال سمعت استاذى شمس الائمة الكردى قال هو
سيد الخ قلت ومنهم من قال ان له شرفا نسبيا وهو يصلح ان يكون وجها للتوفيق فالقول بانه ليس
بشريف معناه ان شرفه ليس كالشرف الحاصل من الاب فالخلف لفظى ثم رأيت بخط شيخنا أيضا نقلا
عن خط الحموى ضمن جواب له حين سئل عن دخول أولاد البنات فى الوقف على الاولاد فذكر فى اثناء
الجواب عن ذلك ان نسبة اولاد فاطمة رضى الله عنها الى النبى صلى الله عليه وسلم خصوصية لها وهو صريح
فى عدم تسليم ماسبق عن مفتى دمشق من ان هذا النسب فى الابتداء جاء من الام (قوله ثم لا يطالب بحد
القذف للميت الامن يقع القدح فى نسبه) ولو الطالب محجوبا او محروما عن الميراث برق او كفر كما قدمه
الشارح وكذا لو كان محروما بقتل در (قوله ولد) أى فرع وان سفل نهر (قوله أباه) أى أصله ذكرا كان
أو انثى فدخلت امه وجدته وان علت وكذا جده وان علا ثم المنفى وجوب الحد فلا ينافى لزوم التعزير بل
بشتمه يعزر أيضا نهر عن القنية وكذا فى الدر خلافا لما فى البحر وان أقره فى الشرنبلالية (قوله لف ونشر) أى

مرتب

ميتة) محصنة (فطالب الوالد) أى
والد الام وهو جد المقذوف وان علا
سواء كان كافرا أو عبدا (أو الولد
أو ولده) أى ولد الولد وان سفل
(حد) مطلقا سواء كان الولد ابنا
أو بنتا كافرا أو مسلما حرا أو عبدا
وسواء كان ولد الولد ولد بنت او ابن
وقال زفر لا يجوز للولد الكافر
والمملوك ان يطالب بالحد وقال محمد
ليس لولد البنت حق المطالبة ثم لولد
الولد حق المطالبة مع بقاء الولد خلافا
لزفر ثم لا يطالب بحد القذف للميت
الا من يقع القدح فى نسبه بقذفه
وهو الذى ذكر فى المتن وعند الشافعى
ثبت حق المطالبة لكل وارث (ولا
يطالب ولد وعبد أباه وسيده) فيه لف
ونشر تقديره لا يطالب ولد أباه ولا عبد
سيده

مرتب (قوله بقذف أمه) المحصنة نهر لانهما لا يعاقبان بسببهما حتى سقط القصاص بقتلهما لقوله عليه
السلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده فالحد أولى لعدم التيقن بسببه ولان ما يجب للعبد يكون حقا
للمولى فلو وجب لوجب له على نفسه وهو محال ولو كان لها من غيره ابن أو أب ونحوه وليس بمملوك له فله
ان يطالبه بالحد لوجود السبب وعدم المانع زيلعى وقوله ليس بمملوك له بان كان حرا أو رقيقا لغيره
ففى كلام صاحب النهر مؤاخذة لذكره الاب مطلقا غير مقيد بان لا يكون مملوكه واشار المصنف الى انهما
لا يطالبان بقذفهما بالاولى بحر لسقوط القود عنهما (قوله ولو كان او الفاصلة مكان الواو الواصلة)
بان قال ولا يطالب ولدا او عبدا الخ (قوله أو كان ضمير التثنية) بان قال مع التعبير بالواو فى عطف العبد
على الولد بقذف امهما (قوله مكان ضمير المفرد) أراد بالضمير المفرد الضمير البارز فى قوله بقذف
امه حموى (قوله لكان اولى) لان افراد الضمير يناسب أو التى لاحد الشيئين وتثنيته تناسب
الواو التى للجمع كذا قيل وقال الحموى اما اولوية أو على الواو فلانه لا يشترط فى أو مطابقة الضمير للمعطوف
والمعطوف عليه بل الافصح الافراد واما اولوية ضمير التثنية على الافراد فلان الافصح بالعطف بالواو
المطابقة انتهى (قوله وعند الشافعى لا يبطل أصلا) هذا يبتنى على ان المغلب فيه حق العبد عنده
وعندنا المغلب حق الله على الاظهر كما قدمناه وفى الشرنبلالية ذهب صدر الاسلام أبو اليسر الى ان المغلب
حق العبد كقول الامام الشافعى انتهى واعلم ان أبا اليسر وان ذهب الى تصحيح ان المغلب فيه حق
العبد كما هو مذهب الشافعى الا انه لا يقول بانه يورث كالشافعى بل قال انما لا يورث لكونه مجرد
حق زيلعى قال فى البحر ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد يتولاه مولاه فيصير حق العبد
مرعيا ولا كذلك حقه لانه لا ولاية للعبد فى استيفائه حق الشرع الا نيابة الخ لا يقال ان شيئا من الحقين
أى حق العبد وحق الله لا يبطل بالموت لانا نقول انه لا يسقط بموته ولكن يتعذر استيفاؤه لعدم شرطه
وهو خصومة المقذوف عناية ففى كلام المصنف تسامح حموى لكن لا يخفى مافى جواب العناية مما هو
صريح فى تسليم الايراد ولهذا نظر فيه فى النهر بانه لو صح هذا لبطل قولهم انه يبطل بموت المقذوف
لانه لا معنى لعدم سقوطه مع موته اه (قوله لا بالرجوع والعفو) لان حد القذف اجتمع فيه الحقان
فبالنظر الى حق الله يبطل بالموت ولا يبطل بالعفو وبالنظر الى حق العبد لا يبطل بالرجوع بخلاف
غيره من الحدود وانما اجتمع فيه الحقان لانه شرع لاخلاء العالم عن الفساد وصيانة عرض العبد فمن
حيث انه حق الله لا يباح القذف باباحته ويستوفيه الامام دون المقذوف ولا ينقلب مالا عند سقوطه
ويتنصف بالرق ولا يحلف القاذف ولا يؤخذ منه كفيل الى ان يثبت ولا يورث ولا يصح فيه العفو ولا يجوز
الاعتياض عنه ويجرى فيه التداخل ويشترط فيه احصانه ومن حيث انه حق العبد يشترط فيه
الدعوى ولا يبطل بالتقادم ويجب على المستأمن ويقيمه القاضى بعلمه ويقدم استيفاؤه على سائر الحدود
ولا يبطل بالرجم ولا يصح الرجوع فيه عن الاقرار فاذا تعارض فيه الحقان كان المغلب فيه حق الله
عندنا وعند الشافعى حق العبد لحاجته وغنى الشرع قلنا انما يقدم حق العبد اذا لم يمكن الجمع بينهما
وهنا امكن لان ما للعبد من الحق يكون داخلا زيلعى وقوله ولا يبطل بالرجم يعنى اذا قذف ثم زنى يحد
للقذف ثم يرجم وقوله ومن حيث انه الخ يجوز فتح همزة ان وكسرها بعد حيث شيخنا عن شرح البسملة
لابن عبد الحق وقوله ولا يحلف بان انكر القذف أو كون المقذوف محصنا وعجز المقذوف عن اثبات
ذلك وقوله ويقيمه القاضى بعلمه يعنى اذا سمع القاضى القذف وطلب المقذوف الحد لا يكلفه لاثبات
القذف ويكتفى بعلمه فيحده اذا كان محصنا وقوله ولا يؤخذ منه كفيل قال الكمال ولا يكفل فى شئ
من الحدود والقصاص فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف الاول ولهذا يحبسه أبو حنيفة وفى قول أبى يوسف
الآخر وهو قول محمد يؤخذ منه الكفيل فلهذا الحبس عندهما فى دعوى حد القذف والقصاص
ولا خلاف انه لا يكفل بنفس الحد والقصاص ثم قال وكان أبو بكر الرازى يقول مراد أبى حنيفة ان القاضى

(بقذف أمه) ولو كان أو الفاصلة مكان
الواو الواصلة وكان ضمير التثنية مكان
ضمير المفرد لكان أولى (ويبطل)
الحد (بموت المقذوف) مطلقا سواء
كان قبل اقامة الحد أو فى وسطه وعند
الشافعى لا يبطل أصلا (لا بالرجوع)
أى لا يبطل برجوع القاذف عن
الاقرار (والعفو) عنه وعند الشافعى
يبطل بهما

لا يجبره على اعطاء الكفيل فاما اذا سمحت نفسه به فلا باس لان تسليمه نفسه مستحق عليه والكفيل بالنفس انما يطالب بهذا القدر انتهى شرنبلالية والتقييد بقوله ويقيمه القاضي بعلمه يشير الى ما نقله سري الدين افندي عن فتح القدير من انه اذا سمعه قبل ان يستقضي ثم ولي القضاء ليس له ان يقيمه حتى يشهد به عنده واعلم ان مقتضى عدم جواز الاعتياض عنه ان القاذف اذا دفع شيئا للمقذوف ليسقط حقه رجع به قال المولى سري الدين وهل يسقط الحد ان كان ذلك بعد ما رفع الى القاضي لا يسقط وان كان قبله سقط كذا في فصول العمادي انتهى قلت ينبغي ان يكون العفو على هذا التفصيل ولا ينافيه قولهم انه لا يبطل بالعفو لحمله على ما بعد المرافعة وسيأتي ما يشير اليه (قوله وعن أبي يوسف في العفو مثل قول الشافعي) لانتهاء الخصومة به لكونه قلناه هو حق الله على ما بيناه زيلعي لكن ليس للامام ان يقيمه بعد ذهاب المقذوف وعفوه بل اذا عاد وطلبه حد لان العفو كان لغوا فكانه لم يخاصم الى الآن وقد توهم بعضهم ان القاضي يقيم الحد مع عفو المقذوف وتعلق بما في النهر من قوله ومنها العفو فانه بعد ما ثبت عند الحاكم القذف والاحصان لو عفا المقذوف عن القاذف لا يصح منه ويحد عندنا انتهى وهو غلط فاحش بحر وما في الفتح يحمل على ما اذا وجد منه الطلب ثانيا واعلم انه يستثنى من عدم صحة العفو ما اذا قال لم يقذفني أو كذب شهودي بحر عن الشامل وقوله ليس للامام ان يقيمه بعد ذهاب المقذوف وعفوه الى قوله لان العفو كان لغوا فكانه لم يخاصم ظاهر فيما ذكرناه من ان المراد بالعفو الذي لا يبطل به الحد ما كان بعد المرافعة (قوله وعنى الصعود) قيد به لانه لو لم يعن يحد اجماعا ولو قال زنأت على الجبل ففي الحد وعدمه قولان عيني وفي الغاية والمذهب عندي وجوب الحد ان كان في غضب وفي الفتح انه الاوجه قيد بقوله زنأت بالهمز اذ لو كان بالياء وجب الحد اتفاقا وكذا لو اقتصر على قوله زنأت بحذف الجار والمجرور يحد اتفاقا أيضا بحر (قوله وقال محمد والشافعي لا يحد) يعني وان كان في غضب لانه في حالة الرضا لا حد بالاتفاق وجه مذهب محمد ان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب * وارق الى الخيرات زنأ في الجبل * وذكر الجبل يقرره مرادا ولهما انه يستعمل في الفاحشة مهموزا لان من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز وحالة الغضب تعين ذلك بحر (قوله لا بل أنت) فان قلت التصريح بالزنى شرط ولم يوجد فكيف يجب الحد اجيب بمنع نفي وجود التصريح اذ قوله لا بل أنت معناه أنت زان لان كلمة بل للاضراب عن الاول والاثبات للثاني ولان الجواب يتضمن اعادة ما في السؤال فيصير مثل الصريح حموي (قوله حدا) يعني بطلبهما بحر قال وانما لم يلتقيا قصاصا لان المغلب فيه حق الله فلو جعل قصاصا يلزم اسقاط حقه تعالى وكذا لو تضاربا يعزران ولا يلتقيان قصاصا ويبدأ بالبادئ لانه اظلم ولو قذف كل منهما الآخر لا تتعين البداءة بالبادئ كما سيأتي قيد بحد القذف لانهما لو تشاتما يتكافآن ولا يعزران لان التعزير لحق الآدمي الا ان يكون بين يدي القاضي فيعزرهما وكذا يعزره لو قال له الخصم قضيت علي بالرشوة لان من اساء الادب في حق القاضي فقد اساء الادب على الشرع فليس هذا مستثنى من قولهم ان القاضي لا يقضي لنفسه كما توهمه ابن وهبان ولهذا قالوا يعزره ولم يقولوا ان شاء كذا بخط صاحب البحر ونظر فيه في النهر بما صرحوا به من ان له ان يعفو عنه كما نقله ابن الغرس في فوائده ولو كان لمحض الشرع لما ساغ عفوه بقي هل له العفو عنهما لو تشاتما بين يديه قال في النهر لم أره والظاهر لا الخ (قوله حدت المرأة فقط) لان قذفها يوجب الحد وقذفه يوجب اللعان فيبدأ بالحد لفائدة ابطال اللعان لان المحدود في القذف ليس بأهل للعان وهو معنى قوله ولا لعان ولا ابطال في عكسه أصلا لان الملاعنة تحد حد القذف لان احصانه لا يبطل اللعان والمحدودة لا تلاعن لسقوط الشهادة به اذ هو في معنى الحد لا يقال قد وجد ما يوجب الحد وهو قذفه لها سابقا على قذفها له لانا نقول لا عبرة بذلك الا ترى ان الرجلين اذا تقاذفا يحدان من غير مراعاة الترتيب ببداءة من بدأ بالقذف فهذا نظيره ونظير الاول ما اذا قال لامرأته يا زانية بنت الزانية فانه يبدأ بالحد لنفي اللعان زيلعي يعني اذا وجد الطلب من

وعن أبي يوسف في العفو مثل قول الشافعي (ولو قال) لرجل (زنأت في الجبل وعنى الصعود) عليه (حد) وقال محمد والشافعي لا يحد (ولو قال يا زاني وعكس) المخاطب بأن قال لا بل أنت (حدا) أي الأول والثاني (ولو قال لامرأته يا زانية وعكست) امرأته بأن قالت لا بل أنت (حدت) المرأة فقط (ولا لعان ولو قالت) امرأته في جواب قوله يا زانية

امها نهر والملاعنة ضبطه صاحب النهاية بفتح العين هكذا نقله عن شيخه وجوز في العناية الكسر عيني (قوله زنيت بك) قيد بالخطاب لانها لو قالت أنت ازنى مني حد الرجل فقط نهر عن الخانية وفيه نظر سيأتي وجهه (قوله بطلا) أي الحد واللعان لاحتمال ان تريد به قبل النكاح فيكون ذلك تصديقا له منها فيسقط اللعان ويجب عليها الحد لانها قذفته وان تريد به حال قيام النكاح وسمته زنى للمقابلة لاجل غضبها فلا تكون مصدقة له ولا قاذفة فلا يجب عليها الحد ويجب اللعان بقذفه فوجب كل واحد منهما في حال دون حال فلم يجب واحد منهما بالشك وكذا لو قال زنيت معك للاحتمال المذكور وعلى هذا لو قالت ابتداء زنيت بك ثم قذفها هو لا يجب على واحد منهما الحد ولا اللعان لما ذكرنا من الاحتمال وما ادعاه في البحر من دخول هذا في الاطلاق فيه نظر نهر ولو قالت زنيت بك قبل ان اتزوجك تحد المرأة دون الرجل لان كلا منهما قذف صاحبه غير انها صدقته فبطل موجب قذفه ولم يصدقها فوجب موجب قذفها زيلعي واعلم ان هذا يقتضي وجوب الحد عليها اذا قالت له أنت ازنى مني في جواب قوله لها يا زانية لانها صارت مصدقة له فيبطل موجب قذفه فما سبق عن النهر معزيا للخانية من انه يحد الرجل فقط مشكل ثم ظهر لي ان قوله حد الرجل فقط صوابه حدت المرأة فقط وعليه فلا اشكال (قوله تحد هي حد القذف دون الرجل) لما ذكرنا من تصديقها وعدم الاحتمال الذي ذكرناه في الزوجة زيلعي (قوله يلاعن) لان كل قذف يوجب الحد في الاجنبي يوجب اللعان في قذف الزوج حموي وهذا أي وجوب اللعان مقيد بما اذا لم تكن أمة لما نقله السيد الحموي عن البناية لو نفى نسب ولد امرأته الامة ينتفي النسب ولا يجري اللعان انتهى (قوله وان عكس حد) لانه لما اكذب نفسه بطل اللعان الذي كان وجب بنفي الولد لانه ضروري صير اليه لضرورة التكاذب بين الزوجين فكان خلفا عن الحد فاذا بطل صير الى الاصل نهر (قوله والولد له فيهما) لاقراره به سابقا ولاحقا عيني (قوله بطلا) أي الحد واللعان لانه انكر الولادة أصلا فيكون انكارا للزنى بل هو انكار للوطء قلت وهل ينتفي نسب الولد بمجرد قوله ليس بابني ولا بابنك الظاهر لا حموي (قوله أو لاعنت بولد) عطف على قوله لم يدر أي قذف امرأة لاعنت بسبب نفي الولد حموي أي نفى القاضي نسبه واستمر منقطع النسب عنه حتى لو ادعى الولد بعده فحد او لم يحد حتى مات أو لاعن ولم يقطع القاضي نسب الولد حد قاذفها وكذا يحد لو قامت بينة على انه ادعاه وهو ينكر ويثبت النسب من الاب ويحد لخروجها عن صورة الزواني شرنبلالية عن البحر والفتح لكن وجوب الحد على القاذف اذا اقامت البينة على الزوج انه ادعاه وهو ينكر مقيد بما اذا كان القذف بعد اقامة البينة كما في البحر ونصه وكذا لو قامت البينة على الزوج انه ادعاه وهو ينكر يثبت النسب منه ويحد ومن قذفها بعد ذلك يحد الخ فحذف هذا القيد من كلام الشرنبلالية يوقع في الايهام وكذا وجوب الحد على القاذف اذا ادعى الزوج الولد بعد اللعان مقيد بما اذا كان القذف بعد ان ادعى الزوج الولد يدل عليه قوله في البحر واشار بقوله لاعنت الى انه لا بد من بقاء اللعان حتى لو بطل باكذابه نفسه ثم قذفها رجل حد فتعبيره بثم يفيد انه لو قذفها قبل ان يكذب نفسه لا حد عليه لان اكذابه نفسه شامل لما اذا ادعى الولد وهذا التقييد لا يستفاد من كلام الشرنبلالية والمراد بعدم معرفة أبي ولدها أي في بلد القذف لا في كل البلاد بحر فهذا اعم من مجهول النسب لانه من لا يعرف له أب في مسقط رأسه شرنبلالية واعلم ان الضمير المستتر في كل من وجد ومات من قول صاحب النهر بعد قول المصنف لم يدر أي لم يعرف أبو ولدها حال القذف او وجد ومات يعود على الولد لا على أبيه أي سواء كان الولد حيا أو ميتا يعني عند القذف كما ذكره الزيلعي (قوله في غير ملكه) ولو مكرها كذا يسقط احصان المرأة المكرهة فان الاكراه يسقط الاثم ولا يخرج الفعل به من ان يكون زنى شرنبلالية ومن الحرام لعينه جارية ابنه والمنكوحة فاسدا والامة المستحقة وكذا لو وطئ محارمه بنكاح أو جمع بينهن أو أمة تزوجها على حرة نهر والثابت حرمتها بالمصاهرة بحر لكن في اطلاق ثبوتها بالمصاهرة مؤاخذة لانه يشمل ما لو ثبتت

زنيت بك بطلا أي الحد واللعان ولو قال لاجنبية يا زانية فقالت زنيت بك تحد هي حد القذف دون الرجل (وان أقر بولد) بأن قال هو ابني (ثم نفاه) بأن قال ليس بابني (يلاعن وان عكس) بأن نفى نسب الولد ثم أقر بأنه ولده (حد) القاذف فقط (والولد له فيهما) أي في الصورتين (ولو قال ليس بابني ولا بابنك بطلا) أي الحد واللعان (ومن قذف امرأة) بالزنى (لم يدر أبو ولدها أو) قذف امرأة (لاعنت بولد) مطلقا سواء كان الولد حيا أو ميتا (أو) قذف (رجلا وطئ في غير ملكه) كأمة الغير

بالنظر الى الفرج الداخل مع الشهوة أو بالمس مع الشهوة وليس كذلك كما سبق ومنه مالو وطئ امته المحرمة على التابيد كامته التى زوجها خلافا للزيلعي والبحر والعيني وكذا أمته التى هى أخته من الرضاع على الاصح كما فى الدر بخلاف مالو نظر الى فرج امرأة أو لمسها بشهوة ثم تزوج أمها أو بنتها أو اشتراها فوطئها لا يسقط احصانه عند أبى حنيفة خلافا لهما لان الحرمة وان كانت مؤبدة لكن لم ينعقد عليها اجماع بخلاف الحرمة الثابتة بزنى الاب فانها ثابتة بنص قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم فلم يعتبر خلاف الامام الشافعي فيه ولما خفى هذا الفرق على المرحوم الشيخ شاهين ذكر ان فى كلام العيني تأملا وأجاب عنه شيخنا بما ذكرناه (قوله أو أمة مشتركة) لان الحرمة فيها من وجه دون وجه بخلاف فيها فى أمة الغير فانها من كل وجه (قوله زنى فى حال كفره) بان قال له زنيت وأنت كافر او اطلق ثم اثبت انه زنى فى كفره لان به يسقط احصانه نهر وهذا يشير الى وجوب الحد عليه اذا عجز عن اثبات زناه فى كفره (قوله مات عن وفاء) تقييده بذلك ليس احترازيا بل ليعلم الحكم فى الذى مات عن غير وفاء بالاولى نهر وفرض المسئلة انه قذفه بعد موته بان قال لولده يا ابن الزانى اما لو قذفه حيا ثم مات بطل الحد حموى عن قرا حصارى (قوله لا يحد القاذف فى الصور كلها) اما فى الاول والثانى فلوجود امارة الزنى واما فى الثالث والرابع فلعدم العفة واما فى الخامس فلانه صادق فيه لان الزنى يتحقق من الكافر حربيا كان أو ذميا واما فى السادس فلتمكن الشبهة فى حرية المكاتب لان الصحابة اختلفوا فى موته حرا أو عبدا فأورث شبهة والاحصان لم يكن ثابتا فلا يثبت بالشك عيني وعن أبى يوسف يحد القاذف فى الصورة الثانية نقله الحموى عن المفتاح والصورة الثانية هى مالو قذف امرأة لاعنت بولد واعلم ان المراد من قول العيني واما فى الخامس فلانه صادق فيه لان الزنى يتحقق من الكافر الخ ان زناه فى كفره كان ثابتا بان اثبته القاذف بالبينة أو الاقرار حتى لو عجز عن اثباته يحد كذا يستفاد من البحر والنهر (قوله لانه لو لاعنت بقذف حد) كما يحد قاذف ولد الزنى أو ولد الملاعنة شرنبلالية يعنى قذفه بقوله أنت زان اما لو قال يا ابن الزانية فلا حد عليه مطلقا سواء كانت حية أو ميتة لانها ليست محصنة حيث كان لعانها بنفى الولد لا يقال اللعان فى جانبها قائم مقام حد الزنى فكانت محدودة فوجب ان لا يحد قاذفها لانا نقول لعانها قائم مقام حد القذف بالنسبة اليها الا بالنسبة الى غيرها ولو اكذب نفسه بعد اللعان يحد قاذفها لزوال التهمة بثبوت النسب منه زيلعي وقوله ولو اكذب نفسه بعد اللعان يحد قاذفها اى من قذفها بعد أن اكذب الزوج نفسه حتى لو كان القذف قبل أن يكذب نفسه لا حد عليه دل على ذلك قوله فى البحر وأشار بقوله لاعنت الى أنه لا بد من بقاء اللعان حتى لو بطل باكذابه نفسه ثم قذفها رجل حد الخ فتعبيره بثم ظاهر فى عدم الحد على القاذف اذا كان القذف قبل أن يكذب نفسه (قوله أمة مجوسية) وأمة اشتراها شراء فاسدا أو اختين جمع بينهما فى ملكه لان ملك المتعة فيهن ثابت وما عرض من الحرمة لهن على شرف الزوال فلا يسقط احصانه نهر (قوله أى حد قاذف واطئ امرأة حائض) اذا كانت زوجته أو أمته (قوله وعن أبى يوسف و زفر ان وطء المكاتبة الخ) لان وطأها حرام على المولى وانما سقط عنه الحد للشبهة حتى لزمه العقر بوطئها قلنا ملكه فيها ثابت من كل وجه ولهذا اجاز عتقها عن كفارة اليمين و وجوب العقر لا ينافى الحل فكيف ينافى الشبهة زيلعي (قوله ومسلم نكح أمه) بالجر عطفا على قوله أمة كذا قيل ورده الشهاب الشلبى بانه لا يستقيم عطفه على أمة بل هو عطف على قوله واطئ حموى ووجه عدم الاستقامة ان عطفه على الامة من قوله وحد قاذف واطئ امة مجوسية يصيره موطوءا (قوله عند أبى حنيفة) خلافا لهما وهو مبنى على أن نكاحهم عنده صحيح وعندهما فاسد زيلعي وأشار الى أن المراد بالام مطلق المحرم وقد يقال لا حاجة اليه لانه اذا علم الحكم فى الام فغيرها بالاولى (قوله وحد مستأمن قذف مسلما) وكان أبو حنيفة يقول أولا لا يحد لان المغلب فيه حق الله فصار كسائر الحدود ثم رجع الى ما ذكر هنا ووجهه ان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد زيلعي والحاصل ان حد القذف يجب عليه اتفاقا وحد الخمر

لايجب

أو) وطئ (أمة مشتركة) بينه وبين غيره (أو) قذف (مسلما زنى فى) حال (كفره) مطلقا سواء كان فى دار الحرب أو الاسلام (أو) قذف (مكاتبا مات عن وفاء) أى ترك مالا يفى ببدل الكتابة (لا يحد) القاذف فى الصور كلها وانما قيد بقوله لاعنت بولد لانه لو لاعنت بقذف حد قاذفها (وحد قاذف واطئ أمة مجوسية وحائض) اى حد قاذف واطئ امرأة حائض (و) امرأة (مكاتبة) وعن أبى يوسف وزفر ان وطء المكاتبة يبطل الاحصان (و) حد قاذف (مسلم نكح أمه فى) حال (كفره) ووطئها عند أبى حنيفة خلافا لهما (و) حد (مستأمن قذف مسلما) بان دخل دارنا بامان فقذف مسلما ثم المستأمن يحد للقذف فقط عندهما وعند أبى يوسف يجب عليه سائر الحدود وغير حد الخمر ثم اذا حد المسلم فى قذف

لا يجب عليه اتفاقا ولا يجب حد الزنى والسرقة خلافا لابى يوسف وأما الذمى فيجب عليه جميع الحدود اتفاقا الا حد الخمر بحر واستدرك عليه فى الدر بما فى المنية من تصحيح حده بالسكر أيضا وفى السراجية اذا اعتقد واحرمة الخمر كانوا كالمسلمين انتهى (قوله تسقط شهادته) وان تاب لان رد شهادته من تمام حده لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا (قوله فان أسلم قبلت) لان هذه الشهادة استفادها بالاسلام فكانت غير مردودة (قوله ثم عتق لم تقبل) لان للعبد اهلية الشهادة فى الجملة فظهر الفرق بينه وبين الكافر اذ لم يكن له أهلية الشهادة على المسلم أصلا (قوله ومن قذف أو زنى الخ) بخلاف ما اذا زنى وقذف وشرب حيث يحد لكل واحد منها لعدم حصول المقصود بالبعض اذ الاغراض مختلفة فان المقصود من حد الزنى صيانة الانساب ومن حد القذف صيانة الاعراض ومن حد الشرب صيانة العقول فلا يحصل بكل جنس الا ما قصد لشرعه ولا يوالى بينها خيفة الهلاك بل ينتظر حتى يبرأ من الاول ويبدأ بحد القذف أولا لان فيه حق العبد ثم الامام بالخيار ان شاء بدأ بحد الزنى وان شاء بالقطع لاستوائهما فى القوة اذ هما ثابتان بالكتاب ويؤخر حد الشرب لانه أضعف منهما ولو كان مع هذا جراحة توجب القصاص يبدأ بالقصاص لانه حق العبد ثم حد القذف ثم الاقوى فالاقوى زيلعي واعلم أن هذا كله اذا كان غير محصن فان كان محصنا بدأ بالقصاص فى الجراحة كفقء العين ثم بعد حد القذف برجمه لان حد السرقة والشرب محض حق الله ومتى اجتمعت الحدود لحق الله وفيها قتل نفس قتل وترك ما سوى ذلك الا أنه يضمن المال المسروق فيؤخذ من تركته لان الضمان انما يسقط لضرورة القطع ولم يوجد نهر واستفيد منه انه اذا وجب عليه القتل قصاصا والرجم للزنى يقتل للقصاص لان فيه حق العبد ويسقط عنه الرجم لانه محض حق الله فيترك ولم ار من صرح به (قوله فحد فهو لكله) قيد بكون الحد وقع بعد الفعل المتكرر لانه لو شرب أو زنى فحد ثم زنى وشرب فانه يحد ثانيا بخلاف ما اذا قذف المحدود ثانيا المقذوف الاول حيث لا يحد ثانيا لان المقصود وهو اظهار كذب القاذف ودفع العار عن المقذوف حصل بالاول زيلعي فى السرقة وهو باطلاقه شامل لما اذا كان القذف الثانى بعين اللفظ الاول أو بغيره بعد أن يتحد المقذوف اما لو اختلف بان قذفه فحد ثم قال له يا ابن الزانية وأمه ميتة فخاصمه فانه يحد ثانيا نهر واذا حد ثانيا بمخاصمة المقذوف مع أنه قد حد لاجله فلان يحد بمخاصمتها هى ان لو كانت حية بالاولى ثم التداخل هنا من قبيل التداخل فى الحكم لا السبب وفى سجود التلاوة بالعكس وأفاد تقييده بالحد ان التعزير يتعدد بتعدد الفاظه لانه حق العبد در ونقل الحموى عن البناية ان التعزير يصح فيه الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال والعفو والتكفيل لانه من حقوق العباد انتهى ومثله فى الزيلعي مع زيادة قوله وشرع فى حق الصبيان ذكره قبيل كتاب السرقة وذكر فى النهر من التعزير ان قبول شهادة النساء مع الرجال مذهب الصاحبين ونصه لا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال عند الامام وعندهما وان قبلت لكنه لا يضرب وانما يحبس الخ ثم ما سبق من التعليل بانه من حقوق العباد أى من خالص حقهم وما فى الدرر من التعزير أى حق العبد غالب فيه مخالف لكلامهم ولهذا تعقبه عزمى زاده بما فى الخلاصة حيث صرح بان التعزير محض حق العبد ولهذا يجرى فيه الاستحلاف (قوله أى يتداخل) ومن فروع التداخل مالو جلد للقذف الا سوطا واحدا ثم قذف آخر فى المجلس فانه يتم الاول ولا شئ عليه للثانى للتداخل ولو ضرب للزنى أو للشرب بعض الجلد فهرب ثم زنى أو شرب ثانيا حد حدا مستأنفا ولو كان ذلك فى القذف ينظر فان حضر الاول الى القاضى يتم الاول ولا شئ للثانى وان حضر الثانى وحده يجلد حدا مستأنفا للثانى ويبطل الاول ولو قذف عبد فاعتق ثم قذف آخر فاخذه الاول فضرب أربعين ثم أخذه الثانى يتم له ثمانون عيني يعنى لوقوع الاربعين لهما كما فى النهر وحمل ما مر من أنه يكمل السوط فقط على ما اذا حضرا جميعا (فرع) أقر بالقذف وادعى أن له شهودا على زنى المقذوف واستأجل لاحضارهم أجل الى قيام المجلس فان عجز حد ولا يكفل بل يحبس ويقال له ابعث اليهم من يحضرهم درر وذكر ابن رستم

تسقط شهادته وان تاب واذا حد الكافر فى قذف لم تجز شهادته على اهل الذمة فان اسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين والعبد اذا حد فى قذف ثم عتق لم تقبل شهادته (ومن قذف) مطلقا سواء كان المقذوف واحدا او متعددا (او زنى) مطلقا سواء كان بواحدة او بجماعة من النساء (او شرب) مطلقا سواء كان المشروب جنسا واحدا او اجناسا مختلفة (مرارا) هذا متعلق بكل واحد منها (فحد فهو) اى الحد (لكله) اى لكل قذف مرارا ولكل زنى مرارا ولكل شرب مرارا أى تتداخل وقال الشافعى ان اختلف المقذوف او القذف وهو الزنى بأن قذف غير الاول او قذف الاول لكن بزنى آخر لا تتداخل الحد بل يجب لكل قذف حد

(فصل فى التعزير) وهو التأديب دون الحد وأصله من العزر بمعنى الرد والردع ثم قد يكون بالحبس

عن محمد انه اذا لم يكن له من يأتى بهم اطلقه و بعث معه واحدا من شرطه ليردّه عليه فتح وفيه اشارة الى أن المراد بالحبس حقيقته وقال فى البدائع والمراد بالحبس الملازمة أى يقال للمدّعى لازمه الى هذا الوقت فان احضر البينة والاخلى سبيله كذا فى الشرنبلالية ولايخفى أن صواب قوله والاخلى سبيله ابداله بقوله والاحد

*(فصل فى التعزير) لما ذكر الحدود وهى الزواجر المقدّرة شرع فى زواجر غير مقدرة زيلعى ومافى النهر من قوله وأخره لضعفها فيه تأمل لما سيأتى من قوله وأشد الضرب التعزير ولانه قد يكون بالقتل واعلم ان التعزير يملكه الانسان وان لم يكن محتسبا لكن حالة المباشرة لابعد الفراغ لان ذلك نهى عن المنكر وكل احد مأمور به الا الزوج والمولى فانهما يملكانه مطلقا ولو بعد الفراغ حتى لو رأى رجلا يزنى باجنبية أو بامرأته أو بمحرم من محارمه حل له قتله ان لم ينزجر الا بالقتل وكذا يحل قتلها ان طاوعته والغلام كالمرأة ولافرق فى جواز قتل الزانى بين المحصن وغيره خلافا لمن قيد به لانه حيث تعين القتل طريقا لازالته فلا معنى لاشتراط الاحصان وعلى هذا القياس المكابرة وقطاع الطريق وصاحب المكس وجميع الظلمة والاعونة والسعاة يباح قتلهم ويثاب قاتلهم نهر ولافرق فى اشتراط القيد المذكور بين الاجنبية وغيرها خلافا لظاهر كلام الزيلعى فانه يفيد التفرقة ونصه وسئل الهندوانى عن رجل وجد رجلا مع امرأة ايحل له قتله قال ان كان يعلم انه ينزجر بالصياح والضرب بما دون السلاح لا والا حل قتله وكذا المرأة ان طاوعته وفى المنية رأى رجلا مع امرأته أو محرمه وهما مطاوعان قتل الرجل والمرأة جميعا ومافى المنية مطلق يجب حمله على التقييد توفيقا بين كلامهم ومن هنا جزم ابن وهبان فى نظمه بالشرط المذكور مطلقا قال فى النهر وهو الحق وفيه عن فتح القدير الذى يجب حقا للعبد لايقيمه الا الحاكم لتوقفه على الدعوى الا أن يحكما فيه وقوله الا ان يحكما فيه بضم الياء وبكسر الكاف المشددة اى الا أن يحكم فيه الخصمان فحذف الفاعل لدلالة الدعوى عليه (قوله وهو التأديب الخ) وفى القاموس انه من اسماء الاضداد يطلق على التفخيم والتعظيم وعلى التأديب وعلى أشد الضرب وعلى ضربه دون الحد انتهى قال ابن حجر الهيتمى الظاهر أن هذا الاخير غلط لان هذا وضع شرعى لالغوى اذ لايعرف الا من جهة الشرع فكيف ينسب لاهل اللغة الجاهلين بذلك من أصله والذى فى الصحاح بعد تفسيره بالضرب ومنه سمى ضرب مادون الحد تعزيرا فاشار الى أن هذه الحقيقة الشرعية منقولة عن الحقيقة اللغوية بزيادة قيد وهو كون ذلك الضرب دون الحد الشرعى فهو كلفظ الصلاة المنقولة لوجود المعنى اللغوى مع زيادة وهذه دقيقة مهمة تفطن لها صاحب الصحاح وغفل عنها صاحب القاموس وقد وقع له نظير ذلك كثيرا وهو غلط يتعين التفطن له انتهى وأقره فى النهر لكن نظر فيه الحموى بان المستفيض من صنيع صاحب القاموس انه لم يلتزم الاوضاع اللغوية فقط بل يذكر المنقولات الشرعية والاصطلاحية وكذا الالفاظ الفارسية تكثيرا للفوائد وربما يشعر كلامه فى الديباجة بذلك انتهى (قوله واصله من العزر) ينظر هل هو بفتح العين أو ضمها حموى وضبطه شيخنا بالقلم بالفتح اعلم أن شرط وجوب التعزير العقل فقط فيعزر كل عاقل ارتكب جناية ليس لها حد مقدّر سواء كان حرا أو عبدا ذكرا أو انثى مسلما أو كافرا بالغا أو صبيا بعد أن يكون عاقلا لان هؤلاء أهل العقوبة الا الصبى العاقل فانه يعزر تأديبا لاعقوبة لانه من أهل التأديب الاترى الى ماروى عنه عليه السلام انه قال مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبعا واضربوهم عليها اذا بلغوا عشرا وذلك بطريق التأديب لابطريق العقوبة لانها تستدعى الجناية وفعل الصبى لايوصف بها حموى عن البدائع واعلم انه ينقسم الى ماهو حق الله وحق العبد والاول يجب على الامام ولايحل له تركه الا اذا علم انه انزجر قبله ويتفرع عليه أنه يجوز اثباته بمدع شهد به فيكون مدعيا شاهدا اذا كان معه آخر نهر (قوله ثم قد يكون بالحبس) وقد يكون بالنفى أيضا فقد ذكر العينى فى شرح البخارى أن من آذى الناس ينفى عن البلد بذلك افتى عبد الله بن عمر وبالاخراج من الدار قال فى البزازية ويقدم الاعذار على مظهر الفسق فى داره فان كف

والا

وقد يكون بالصفع وتعريك الاذن وقد يكون بالكلام العنيف وقد يكون بالضرب وعن أبى يوسف ان التعزير بأخذ المال يجوز للسلطان ولم يذكر كيفية الاخذ وأرى ان يأخذه فيمسكه فان أيس عن توبته يصرفه الى مايرى وفى مشكل الآثار التعزير بالمال كان فى ابتداء الاسلام ثم نسخ وفى شرح أبى اليسر التعزير بالشتم مشروع ولكن بعد ان لايكون قذفا كذا فى الزاهدى ثم التعزير على أربع مراتب تعزير الاشراف كالدهاقنة والقواد وغيرهم الاعلام والجر الى باب القاضى والقواد جمع قائد وهم رؤساء العسكر وتعزير أشراف الاشراف كالفقهاء والعلوية الاعلام فقط بأن يقول بلغنى انك فعلت كذا فلا تفعل وتعزير أوساط الناس

والا حبسه أو ادبه أسواطا او ازعجه عن داره اذا لكل يصلح تعزيرا وعن الصفار أنه امر بتخريب دار الفاسق نهر قال فى الدر ولم ينقل احراق بيت الخمار انتهى وأقول نقل الحموى عن البرجندى أنه يكون باحراق بيت الخمار والقتل سياسة فى حق الامام للمبتدعة انتهى وقوله فى النهر ويقدّم الاعذار أى سلب العذر كما فى حديث اعذر الله الخ الحديث شيخنا (قوله وقد يكون بالصفع) ذكر أبو اليسر السرخسى انه لايباح التعزير بالصفع لانه من اعلى مايكون من الاستخفاف فيصان عنه أهل القبلة والصفع الضرب على القفا بحر أى الضرب بالكف نوح أفندى (قوله وأرى ان يأخذه الخ) ظاهر فى أنه انما ذكره تفقها وبه صرح فى النهر عن المجتبى وأرى بضم الهمزة (قوله فيمسكه) أى ايرده عليه بعد التوبة بدليل قوله فان أيس عن توبته الخ (قوله ثم نسخ) لئلا يكون ذريعة الى اخذ الظلمة أموال الناس بغير حق (قوله ثم التعزير على أربع مراتب) هذا يقتضى عدم تفويضه ثم ماذكره الشارح من كونه مرتبا حكاه العينى بقيل بعد ان ذكر أولا أنه ليس فيه شئ مقدّر وانما هو مفوض الى رأى الامام على ماتقتضيه جناياتهم ووجهه كما فى الزيلعى أن من الناس من ينزجر باليسير ومنهم من لاينزجر بالكثير واعلم أنه يضرب قائما فى ازار واحد شرنبلالية عن الفتح وفيها عن فتاوى قاضيخان يضرب فى التعزير قائما عليه ثيابه وينزع الحشو والفرو ولايمد فى التعزير انتهى (قوله كالدهاقنة) الدهاقنة اكابر القرية وقيل مالكوها فارسى معرب وانى أفندى وفى المصباح الدهقان معرب قيل يطلق على رئيس القرية وعلى التاجر وعلى من له مال وعقار وداله مكسورة وفى لغة تضم والجمع دهاقين ودهقن الرجل وتدهقن كثر ماله ويقال للمرأة دهقانة وذكر الحموى عن رسالة ابن الكمال ان دهقان مركب من كلمتين احداهما ده ومعناه القرية والاخرى خان ومعناه الرئيس ثم جعل المركب منهما علما وأصل ده خان خان ده فعلى هذا دهقان من الالقاب الشريفة المشعرة بالمدح والتعظيم لكن ذكر بعضهم أنه لو قال لعربى يادهقان لاحدّ عليه فهذا يقتضى أنه صفة ذم ولهذا عللوا المسئلة بان العرب يستنكفون عن هذا الاسم انتهى (قوله والجر الى باب القاضى) أى الجر من مجلس القاضى بعد ثبوت التعزير عليه شيخنا واعلم ان للقاضى أن يعزر لنفسه ويقبل قوله فى ذلك ففى جامع الفصولين وغيره قال المقضى عليه للقاضى أخذت الرشوة فله تعزيره شيخ زين فى رسالته وهذا ينبغى أن يحمل على ما اذا لم يكن كذلك فى نفس الامر يدل عليه ماسيأتى فى الشارح حيث قيد قول المصنف ومن قذف مسلما بيافاسق بقوله وهو ليس بفاسق وقال فى النهر فان كان لايعزر لانه صادق فى الاخبار وهو صريح فى أنه ان كان أخذ الرشوة لم يعزر (قوله الاعلام فقط) أشار بقوله فقط الى وجه الفرق بينه وبين سابقه فتعزير اشراف الاشراف لاجر فيه ويحمل قول القاضى بلغنى انك فعلت كذا فلا تفعل على ما اذا اجتمع به من غير سبق طلبه والا يتحد الثانى والاول وعلى ماذكر فى البدائع التمييز ظاهر لقوله تعزير اشراف الاشراف بالاعلام المجرد وهو أن يبعث القاضى أمينه اليه فيقول بلغنى انك تفعل كذا وكذا وتعزير الاشراف الاعلام والجر الى باب القاضى والخطاب بالمواجهة شرنبلالية وهذا أى حمل قول القاضى له بلغنى الخ على ما اذا اجتمع به من غير سبق طلبه كيلا يتحد مع سابقه يبتنى على أن المراد من الجر الى باب القاضى هو أن يبعث القاضى أحد أمنائه لاحضاره وهذا هو الذى فهمه الشيخ حسن الشرنبلالى فاضطر الى الحمل المذكور وأما على ماقدّمناه عن شيخنا فى تفسير الجر الى باب القاضى فالفرق حاصل مطلقا ولو بدون هذا الحمل (قوله بلغنى أنك فعلت كذا فلا تفعل) وينبغى أن لايكون على اطلاقه فان من كان من أشراف الاشراف لو ضرب غيره فادماه لايكتفى فى تعزيره بقول القاضى ما مر اذ لاينزجر بذلك وقد رأيت بعض القضاة من الاخوان من أدّبه بالضرب بذلك وأرى أنه صواب نهر وقول المسئلة غير مطلقة بل قيدها فى النهاية بان يكون مامر من قوله بلغنى انك فعلت كذا فلا تفعل مع النظر بوجه عبوس ولايخفى ان هذا مع ملاحظة السبب فلابد ان يكون مما لايبلغ به أدنى الحد كما اذا أصاب من أجنبية غير الجماع شرنبلالية فان كان السبب مما

يبلغ أدنى الحد فلا يكتفى بذلك بل يعزره بما فوقه لا بالضرب كما قال صاحب النهر فانه الحراط جوى واعلم انه يعزر من شهد شرب الشاربين والمجتمعون على شبه الشرب وان لم يشربوا ومن معه ركوة خمر والمفطر فى نهار رمضان والمسلم يبيع الخمر أو يأكل الربا وكذا المغنى والنائحة يعزرون ويحبسون حتى يحدثوا توبة قال فى النهر ولم أر ما اذا وجد منه رائحة الخمر وينبغى ان يعزر وهى حادثة الفتوى قال الحموى وأقول فى شرح البرجندى عن القنية اذا وجد منه رائحة الخمر بدون السكر يعزر ولا يحد انتهى ولا مفهوم لقوله بدون السكر اذ لو وجد سكران لا يحد ما لم يثبت شربه ببينة أو اقرار ونقل الحموى أيضا عن المفتاح لو امتنع القاضى عن القضاء بعد ظهور عدالة الشهود يأثم ويعزل ويجب التعزير وفى السراجية ومن لطم مسلما أو رفع منديله على رأسه فى السوق عزر وفى الفتاوى الكبرى للخاصى من قال لا أعمل بفتوى الفقهاء أو ليس كما أفتوا يعزر وفى الطلبة اذا تزوج الذمى مسلمة ودخل بها يعزر وفى الخانية من قال لمسلم يا عدو الله يعزر انتهى (قوله كالسوقية) ضبطه بعضهم بضم السين المشددة وكسر القاف وبعده ياء مشددة مفتوحة فهو جمع سوقى وذكر بعضهم انه بضم السين المشددة وفتح الواو المخففة وليس بعده ياء فهو بوزن غرفة ويطلق السوقة على الواحد والمثنى والجمع وربما جمع على سوق كغرفة وغرف كما فى المصباح (قوله الاخساء) عبر فى الدرر بالخسائس وتعقبه عزمى بان الصواب الاخساء فان لفظ الخسائس غير ثابت فى اللغة ولا موجود فى كلامهم وان ثبت فهو جمع خسيسة كخصائص جمع خصيصة ولا معنى له فى هذا المقام انتهى (قوله ومن قذف مملوكا أو كافرا بالزنى الخ) لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير ولهذا يبلغ بالتعزير غايته وفى الصور الآتية الرأى الى الامام وصورتان أخريان يجب فيهما البلوغ فى التعزير غايته احداهما اذا أصاب من الاجنبية كل حرام غير الجماع والثانية ما اذا أخذ السارق بعد ما جمع المتاع قبل الاخراج درر من الكافى وما فى العينى بعد قول المصنف عزر من قوله الا انه لا يبلغ به غايته فى الاول والرأى فى الثانى الى الامام انتهى وأراد بالثانى ما عدا الاول صوابه يبلغ بحذف لا النافية شيخ شاهين (قوله أو قذف مسلما) أو ذميا كما فى الفتح وفى القنية قال ليهودى أو مجوسى يا كافر يأثم ان شق عليه قال فى البحر ومقتضاه انه يعزر ونظر فيه فى النهر قال شيخنا ووجهه ان الكفر قائم به وان كان هو يزعم خلافه والحاصل ان كل من ارتكب منكرا أو آذى مسلما بغير حق بقول أو فعل الا اذا كان الكذب ظاهرا كيا كلب ولو بغمز العين أو اشارة اليد يعزر لانه غيبة كما يجىء فى الحظر فرتكبه مرتكب محرم وكل من ارتكب معصية لا حد فيها يلزمه التعزير تنوير وشرحه عن الاشباه (قوله يا فاسق) هذا أعنى اطلاق القذف على الشتم مجاز شرعى وان كان حقيقة لغوية اذ هو الرمى لغة نهر (قوله وهو ليس بفاسق) فيه ايماء الى ما فى النهر من انه انما يعزر بهذه الالفاظ اذا لم يكن متصفا بها فان كان لا يعزر لانه صادق فى الاخبار وان لم يعرف فسقه وأراد اقامة البينة على فسقه قال فى القنية لا تسمع لان البينة على مجرد الجرح بخلاف ما لو قال له يا زانى وأراد اثباته بالبينة فانه يسمع كما فى التنوير وفى النهر عن البحر هذا اذا شهدوا على فسقه ولم يبينوه فان بينوه بما يتضمن اثبات حق لله أو للعبد كان ادعى القائل انه رآه قبل أجنبية وأقام شاهدين قبلت فينبغى للقاضى ان يسأل القائل عن سبب فسقه فان بين سببا شرعيا طلب منه اقامة البينة فلو قال هو ترك الواجب عليه سأله القاضى عما يجب عليه تعلمه من الفرائض فان لم يعرفها ثبت فسقه وهذا اذا لم يخرج أى سبه مخرج الدعوى لما فى القنية ادعى عند القاضى سرقة وعجز عن اثباتها لا يعزر وفى السراجية ادعى عليه ما يوجب تكفيره وعجز عن الاثبات ان صدر كلامه على وجه الدعوى عند الحاكم لا يجب عليه شئ أما اذا صدر على وجه السب والانتقاص فانه يعزر انتهى (قوله ويا كافر) فيه ايماء الى انه لا يكفر وكان الفقيه أبو بكر الاعمش يقول يكفر والاول أصح وفى التتارخانية قال بعضهم من قال لآخر يا كافر لا يجب التعزير ما لم يقل يا كافر بالله لان الله تعالى سمى المؤمن كافرا بالطاغوت فيكون

كالسوقية الاعلام والجر والحبس وتعزير الاخساء الاعلام والجر والحبس والضرب (ومن قذف مملوكا) مطلقا سواء كان الملك وافرا أو ناقصا (أو) قذف (كافرا بالزنى أو) قذف (مسلما يا فاسق) وهو ليس بفاسق أو يا ابن الفاسق (ويا كافر) يا يهودى يا نصرانى

محتملا نهر قال فى الشرنبلالية قلت ويرجح خلافه حالة السب فلهذا اطلقه فى الهداية وغيرها انتهى وفى النهر عن الخلاصة لو قال له يا كافر فأجابه بقوله لبيك كفر الخ قال ابن الملك فى شرح المشارق عند قوله عليه السلام اذا كفر الرجل أخاه فقد باء بها أى رجع بكلمة الكفر اعلم ان هذا الحديث مشكل لان من قال لاخيه يا كافر وان لم يكن متأولا اذا لم يعتقد بطلان دين الاسلام يكون كاذبا فى حقه وبالكبيرة لا يكفر المسلم عند أهل السنة فيكون محمولا على المستحل قال شارحه الضمير فى بها عائد الى المعصية المذكورة حكما يعنى رجع بمعصية اكفاره (قوله يا ابن النصرانى) وأبوه ليس بنصرانى فلو كان لا يعزر واقتصر المصنف فى مسائل الشتم على النداء وليس بقيد لان الاخبار كذلك كما اذا قال أنت فاسق أو فلان فاسق ونحوه قال فى القنية يا منافق أو أنت منافق يعزر بحر (قوله يا فاجر) لم أر من فرق بين الفسق والفجور والظاهر ان الاول أعم وعن هذا قال فى القنية شهد أحدهما انه قال له يا فاسق والآخر انه قال له يا فاجر لا تقبل نهر وأقره شيخنا والسيد الحموى ويدل عليه ما فى الدرر حيث قال الفاجرة من تباشر كل معصية الخ اذ مقتضاه انها اذا ارتكبت نوعا من المعاصى لا تكون فاجرة بل فاسقة (قوله يا منافق) هو الذى يظهر الايمان ويخفى الكفر فى الجنان حموى وظاهر الدر يفيد ان الزنديق بمعناه قال وكذا يعزر بقوله يا رافضى يا مبتدعى (قوله يا لوطى يا من يعمل الخ) جمع بينهما ايماء الى انه لا فرق بينهما فى وجوب التعزير حيث صدر ذلك فى غضب وكذا لو تعود الهزل بالقبيح نهر عن الفتح خلافا لمن قال اذا قال له يا لوطى يسئل ان عنى انه من قوم لوط صلى الله عليه وسلم لا يعزر وان عنى انه يعمل عمل قوم لوط عزر على قول الامام وحد على قولهما بمنزلة ما لو قذفه بصريح الزنى (قوله يا من يلعب بالصبيان) لم أر وجه وجوب التعزير بهذا اللفظ وقد يقال ان قرينة الغضب والسب دلت على ان المراد باللعب هو الفعل القبيح (قوله يا آكل الربا يا شارب الخمر) يعنى وكان غير معروف بذلك شرنبلالية وقد قدمنا ما يفيده (قوله أى الذى لا غيرة له ممن يدخل على امرأته) أى ليزنى بها فليس المراد مطلق الدخول دل على ذلك قوله فى الدر وهو من لا يغار على زنى أهله انتهى وسيأتى فى كلام الشارح ما يشير اليه فى الكلام على الفرق بينه وبين كشخان والديوث بتثليث الدال وفى المصباح داث الشئ ديثا من باب باع ويعدى بالتثقيل فيقال ديثه ومنه اشتق الديوث (فرع) فاسق تاب وقال ان رجعت الى ذلك فاشهدوا عليه انه رافضى فرجع لا يكون رافضيا بل عاصيا ولو قال ان رجعت فهو كافر فرجع تلزمه كفارة يمين در (قوله يا مخنث) بفتح النون أما بكسرها فرادف اللوطى نهر (قوله يا خائن) هو الذى يخون فيما فى يده من الامانات حموى (قوله يا ابن القحبة) بضم القاف وسكون الحاء المهملة وهى كلمة مولدة حموى عن المفتاح وفى الدرر عن الفتاوى الظهيرية القحبة الزانية مأخوذة من القحاب وهو السعال وكانت الزانية فى العرب اذا مر بها رجل سعلت ليقضى حاجته منها فسميت الزانية لهذا قحبة وقيل من تكون همتها الزنى وقيل هى أفحش من الزانية لان الزانية قد تفعل سرا وتأنف منه والقحبة من تجاهر به بالاجرة أقول مقتضاه ان يكون فى القحبة معنى الزنى مع زيادة أمر قبيح فينبغى ان يجب فيه الحد كما وجب فى ابن الزانية اللهم الا ان يقال ان الحد انما يجب اذا قذف بصريح الزنى أو بما هو فى حكمه بأن يدل عليه اللفظ اقتضاء كما اذا قال لست لابيك أو لست بابن فلان أبيه فى الغضب ولفظ القحبة لم يوضع لمعنى الزانية بل استعمل فيه بعد وضعه لمعنى آخر كما مر ولا يدل عليه اقتضاء وهو ظاهر ويؤيده ما قال الزيلعى لا يقال يجب الحد بقوله لغيره لست لابيك وهو ليس بصريح فى الزنى لاحتمال ان يكون من غيره بالوطء بالشبهة لانا نقول فيه نسبة امه الى الزنى اقتضاء والمقتضى اذا ثبت يثبت بجميع لوازمه فيجب الحد اذ الثابت اقتضاء كالثابت بالعبارة هذا غاية ما يمكن فى هذا المقام لكنه بعد موضع تأمل انتهى ولعل وجه التأمل هو ان لفظ القحبة لم يسمع استعماله فى غير هذا المعنى وأخذه من القحاب بمعنى السعال لا يدل على ذلك فقوله فى سياق بيان الفرق بين المسئلتين بل استعمل فيه بعد وضعه لمعنى آخر كما مر لم يظهر له وجه صحة شيخنا عن عزمى زاده قلت فما فى

يا ابن النصرانى (يا خبيث يا لص) وهو ليس بلص (يا فاجر يا منافق يا لوطى) يا من يعمل عمل قوم لوط (يا من يلعب بالصبيان يا آكل الربا يا شارب الخمر يا ديوث) أى الذى لا غيرة له ممن يدخل على امرأته (يا مخنث) أى الذى فى أعضائه لين وفى كلامه تكسر (يا خائن يا ابن القحبة)

الشرنبلالية عن منح الغفار معزيا الى المضمرات من ان الحد يجب بقوله يا ابن القحبة مؤيد لما ذكره عزمى زاده من عدم صحة الفرق بين المسئلتين واذ قد عرفت هذا ظهر لك ان ما ذكره بعضهم من الفرق بين القحبة وابن القحبة فأوجب حد القذف فى الثانى دون الاول محض تحكم ثم ظهر ان وجه عدم وجوب حد القذف فى الاول يحمل على ما اذا كان المخاطب بالقحبة وابن القحبة رجلا فلا يحد فى الاول للتيقن بكذبه بخلاف الثانى والسعال مأخوذ من سعل يسعل بالضم كما فى المختار وقوله وتأنف أنف من باب طرب أنفة بفتحتين استنكف كما فى المختار (قوله وهى المرأة الفاجرة) فيه اشارة الى ان عدم حد القذف لا يشكل لما قدمناه عن الدرر من ان الفاجرة هى التى تباشر كل معصية فلا تكون فى معنى الزانية ولا فى حكمه فلا حد به انتهى فما فى منح الغفار من لزوم الحد به ضعيف وان أقره فى الشرنبلالية ولهذا قال شيخنا رحمه الله كيف يجب الحد بابن القحبة مع الاختلاف فى معناه ولهذا قال الوانى رحمه الله اختلاف معناه فى نفسه كاف فى درء الحد لكن بقى الاشكال بقوله لست لابيك فانه بانضمام القرينة يوجب الحد وان كان محتملا لمعنى آخر انتهى وفى كلام المصنف ايماء الى انه اذا شتم أصله يعزر بطلب الولد كيا ابن الفاسق يا ابن الكافر نهر ثم رأيت العلامة نوح أفندى تعقب ما ذكره الوانى أفندى فقال فيه بحث لان ظاهره يدل على بقاء الاحتمال بعد انضمام القرينة وليس كذلك لان وجود الاحتمال انما هو عند عدم القرينة الدالة على تعيين المراد واما عند وجودها فلا احتمال أصلا والا خرجت القرينة عن كونها قرينة اذ شأن القرينة تخصيص بعض المحتملات بالارادة انتهى (قوله يا زنديق) هو بمعنى المنافق نهر (قوله يا قرطبان) تثنية قرطب وأبان سئل بعضهم عن القرطبان فقال كانت امرأة فى الجاهلية يقال لها أم أبان وكان لها قرطب وكانت بتهاترنى بدرهمين وكان الناس يقولون تذهب الى قرطب أم أبان فكثر ذلك فقالت العامة قرطبان وهذه التثنية جاءت على خلاف الغالب لان التثنية عند العرب تجوز اذا اتفق الاسمان فى اللفظ غالبا فتى اختلفا فى اللفظ لم يجز تثنيتهما وما ورد من ذلك يحفظ ولا يقاس عليه حموى والقرطبان مرادف للديوث ذكره فى الدرر ونقل الحموى عن البناية ان القرطبان والكشخان لم أرهما فى كلام العرب ومعناهما عند العامة مثل الديوث الخ وذكر انه بفتح الكاف وفى العينى قيل هو السبب للجمع بين اثنين لمعنى غير ممدوح الخ والكشخان بالخاء المعجمة وقيل بالحاء المهملة نوح أفندى (قوله يا مأوى الزوانى) هو الذى تأوى اليه النساء الزانيات عينى (قوله يا حرام زاده) معناه المتولد من الوطء الحرام فهو اعم من ولد الزنى كالوطء حالة الحيض وفى العرف لا يراد به الا ولد الزنى وكثيرا ما يراد به الخب اللئيم درر والخب بفتح الخاء المعجمة وكسرها وتشديد الباء الرجل الخداع الجربز كما فى القاموس قال شيخنا والجربز بالضم الخبيث ثم اعلم ان ما ذكره المصنف من انه يعزر بحرام زاده فأفاد انه لا حد فيه مخالف لما نقله الحموى عن المفتاح حيث قال قال أبو الفضل الكرمانى يحد أى حد القذف بقوله حرام زاده انتهى والوجه عدم الحد لعدم القذف بصريح الزنى (قوله عزر) لانه آذاه بالحاق الشين به ولا مدخل للقياس فى باب الحدود فوجب التعزير زيلعى وكذا يعزر بالورع البارد كما اذا وجد تمرة ملقاة على الارض فعرفها نهر عن التتارخانية (قوله جواب من وخبره) فالجواب باعتبار جهة الشرطية والخبر باعتبار جهة الابتدائية ولا خلاف فى الاول واختلفوا فى الثانى على أقوال ثلاثة الاول ما ذكره الشارح والثانى وهو الاصح انه جملة الشرط والثالث انه مجموع الجملتين (قوله ليس عليه شئ) يعنى الا ان يستفسر فيقول عنيت به فعل قوم لوط والصحيح انه يعزر مطلقا ان كان فى غضب كما سبق (قوله عند أبى حنيفة) قيد به لانه عندهما يحد حد القذف كما سبق (قوله يا حجام) بخلاف يا ابن الحجام فقد جزم الزيلعى بالتعزير فيه لكن قال فى النهر وهو تحكم وما فى البحر من الفرق بأن كذبه غير ظاهر بموت أبيه بخلاف الاول لان حرفته مشاهدة مدفوع بأن الحكم لتعزيره غير مقيد بموت أبيه وعلى هذا فينبغى التعزير فى بغاء بالاولى قال فى البحر لانه بمعنى يا مفتوح وقد صرح فى الظهيرية بوجوب التعزير فيه لانه الحق

وهى المرأة الفاجرة (يا زنديق يا قرطبان يا مأوى الزوانى أو اللصوص يا حرام زاده عزر) فى جميع الصور المذكورة هذا جواب من وخبره وذكر فى التجنيس ولو قال بالوطى ليس عليه شئ ولو قال يا من يعمل عمل قوم لوط فعليه التعزير عند أبى حنيفة (و) من قذف رجلا (يا كلب يا تيس) التيس هو الذكر من المعز والجمع تيوس وأتياس ويقال للذكر من الظباء أيضا تيس والانثى عنز (يا حمار يا خنزير يا بقر يا حية يا ذئب يا حجام يا بغاء)

الشين به الا ان خسر ووجه عدم التعزير بأنه من شتم العوام ولا يقصدون به معنى معينا انتهى (قوله البغاء) هو الذى يعلم بفجورها ويرضى فهو على هذا كالديوث وفى الدر والبحر والنهر انه المأبون وذكر العينى انه المخنث فى عرف الناس ثم قال وفى شرح الوقاية لفظ البغاء من شتم العوام يتفوهون به فلا يعرفون ما يقولون قال العينى وفيه نظر انتهى قال شيخنا وجه النظر انك عرفت ان البغاء هو المخنث فى عرف الناس وفيه التعزير وجوابه ان صاحب شرح الوقاية أدرى منه بعرف أهل بلده وما قدمه الشيخ العينى من انه فى عرف الناس المخنث لا ينافى ما قاله فى شرح الوقاية لان المراد بالناس قوم مخصوصون وكل قوم يخاطبون بما عندهم وان أراد الشيخ العينى بالناس عمومهم قاطبة كما هو ظاهر صنيعه فغير مسلم وحينئذ فالمناسب فى شرح المتن ما ذكره شارح الوقاية انتهى (قوله يا ولد الحرام) قال فى البحر واما ولد الحرام فينبغى التعزير به فانه فى العرف بمعنى يا ولد الزنى فلم يجب القذف لانه ليس بصريح وقد الحق الشين به وقد أبدله فى فتح القدير بيا ولد الحمار وهذا هو الظاهر انتهى (قوله يا ناكس يا منكوس) على وزن فاعل ومفعول من نكس الرجل نكسا فهو منكوس يقال تعساله ونكسا وقيل النكس من القوم المقصر عن غاية النجدة والكرم والنكس أيضا الضعيف وكل ذلك صفة للذم عينى يقال نكس الشئ فانتكس قلبه على رأسه وبابه نصر مختار صحاح (قوله يا سخرة) بضم السين وسكون الخاء وهو الذى يسخر منه وأما سخرة بضم السين وفتح الخاء فهو الذى يسخر من الناس عينى (قوله يا ضحكة) بضم الضاد وسكون الحاء وهو الذى يضحك عليه الناس وأما بفتح الحاء فهو الذى يضحك عليهم عينى واختار فى الغاية التعزير فيهما وفى يا ساحر يا مقامر وفى الملتقى واستحسنوا التعزير لو المقول له فقيها أو علويا در (قوله يا كشخان) بفتح الكاف وكسرها حموى عن المفتاح (قوله أى الذى يتساهل فى أمر الغيرة) نقل الحموى عن القراحصارى أنه الذى لا دين له انتهى قلت وعلى كل فينبغى وجوب التعزير به خصوصا على ما نقله الشلبى عن القاموس والمغرب من ان الكشخان هو الديوث الخ وانظر هل هو بالحاء المهملة أو الخاء المعجمة ذكر فى النهر أنه بالحاء المهملة وكذا الشلبى عن خط الرازى قال وكتب تحته انه كبير البطن لكن نقل عن القاموس من باب الخاء المعجمة الكشخان ويكسر الديوث وكشخه كشخا قال له يا كشخان انتهى وكونه بالحاء المهملة حكاه نوح أفندى بقيل (قوله يا أبله) هو الذى غلب عليه سلامة الصدر كذا فى الصحاح وفى المفتاح انه الذى لا عقل له حموى (قوله يا موسوس) من الوسواس بكسر الواو وهو حديث النفس أو من الوسواس بفتح الواو وهو اسم الشيطان عينى (قوله وقيل فى عرفنا الخ) اختار هذا القيل الهندوانى ففى المسئلة ثلاثة أقوال المذهب وهو ظاهر الرواية لا يعزر مطلقا ومختار الهندوانى التعزير مطلقا والثالث التفصيل ان كان المخاطب من الاشراف يعزر والا فلا شرنبلالية عن الفتح وقوى شيخنا ما اختاره الهندوانى بانه الموافق لما قدمناه من الضابط كل من ارتكب منكرا أو آذى مسلما بغير حق بقول أو فعل أو اشارة يد يلزمه التعزير (قوله واكثر التعزير الخ) والاصل فيه قوله عليه السلام من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين نقل بتخفيف بلغ من البلوغ وهو السماع وأما ما يجرى على ألسنة الفقهاء من التثقيل ان صح فعلى حذف المفعول الاول والتقدير من بلغ التعزير حدا فى غير حد وفيه نبذة تعرف بالتأمل الصحيح وأرى ان يكون تقديره من بلغ الضرب فى غيره حدا فهو من المعتدين شيخنا عن العناية (قوله تسعة وثلاثون) لان مطلق ما رويناه يتناول حد العبيد واقله أربعون فنقص عنه بسوط (قوله جلدات) بتحريك العين فى الجمع شيخنا (قوله خمسة وسبعون) اعتبار الحد الاحرار أى لاقله لانهم الاصل فنقص عنه خمسة روى ذلك عن على فقلده أبو يوسف وفى رواية عن أبى يوسف نقص عنه سوط والحاصل ان تنقيص الخمس هو ظاهر الرواية والاصح كما فى التتارخانية تنقيص سوط واحد نهر وفيه عن الحاوى اكثره فى الحر خمسة وسبعون عند أبى يوسف وبه نأخذ انتهى فقد اختلف الترجيح هذا فى الحر أما العبد فاكثر تعزيره خمسة وثلاثون لان أدنى حده أربعون فينقص عنه

البغاء الذى يعلم بفجورها ويرضى (يا مؤاجر) أى الذى يأخذ أجر الزوانى (يا ولد الحرام يا عيار) أى الذى يتردد بغير عمل وهو مأخوذ من قولهم فرس عاير وعيار (يا ناكس يا منكوس يا سخرة يا ضحكة يا كشخان) أى الذى يتساهل فى أمر الغيرة ولا يخلو عن نوع غيرة بخلاف الديوث (يا أبله يا موسوس) يا ابن الاسود وأبوه ليس كذلك يا رستاقى وهو ليس كذلك يا مقعد (لم) يعزر فى جميع الصور المذكورة وقيل فى عرفنا يعزر فى يا كلب ويا حمار ويا خنزير ويا بقر وقيل ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر وان كان من العامة لا يعزر وهذا احسن (واكثر التعزير تسعة وثلاثون سوطا واقله ثلاث جلدات) وقال أبو يوسف فى رواية مبلغ التعزير خمسة وسبعون سوطا

تمة كالحر عزاه فى النهر الى السراج (قوله وفى رواية تسعة وسبعون) اعلم أن التعزير ربما كثر مقيد بما اذا كان سببه من جنس ما يجب فيه حد القذف نحو أن يقول لذمية أو أم ولد يا زانية كما فى الشرنبلالية عن الخانية وفيه قصور اذ لا يشمل ما لو كان السبب من جنس ما يجب فيه حد الزنى أو حد السرقة كما لو اصاب من أجنبية كل محرم غير الجماع أو اخذ بعد ما جمع المتاع قبل اخراجه كما قدمناه فلو ذكر الحد مطلقا مجردا عن لفظ القذف لكان أولى قال فى البحر وقد وقع التردد فيما لو اعتدى عليه فضربه خمسين سوطا كيف يعزر وأقول لا معنى لهذا التردد مع قول المصنف بعد وصح حبسه بعد الضرب (قوله ان أدناه مفوض الى رأى الامام) حتى لو رأى انه ينزجر بسوط واحدا كتفى به وعلى ما ذكره المصنف تبعا للقدورى من ان أقله ثلاث يكمل له ثلاثة نهر (قوله فيقرب المس والقبلة من حد الزنى) صرفا لكل نوع الى نوعه ثم الظاهر من كلامهم ان المراد من تقريب التعزير لحد الزنى اذا كان السبب اللمس أو القبلة ان يكون فيه اكثر الجلدات وكذا المراد من تقريبه الى حد القذف اذا كان السبب قذف غير المحصن بالزنى أو المحصن بغيره بان يجلد اكثر جلدات حد القذف ويترك منها الاقل هذا هو الظاهر من كلامهم ويدل عليه أيضا لفظ التقريب فما نقل عن العناية من أن تقريب التعزير من حد القذف أن يكون فيه أقل الجلدات بعيد جدا اذ التقريب حينئذ لا وجود له أصلا فليحرر بمراجعة العناية (قوله وصح حبسه بعد الضرب) وصح القيد فى السفهاء والدعار واهل الفساد حموى عن المفتاح (قوله واشد الضرب التعزير) لانه جرى فيه التخفيف من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف لئلا يؤدى الى فوات المقصود قال فى الشرنبلالية نقلا عن الشيخ قاسم يؤخذ من هذا التعليل أن هذا فيما اذا عزر بما دون اكثره والا فتسعة وثلاثون من اشد الضرب فوق ثمانين حكما فضلا عن الاربعين مع تنقيص واحد مع الاشدية فيفوت المعنى الذى لاجله نقص يعنى وهو التخفيف (قوله وقيل جمع الاسواط فى عضو واحد) كذا فى الهداية ومثله فى اشربة الاصل وفى حدود الاصل يفرق التعزير على الاعضاء وقال الزيلعى ليس فى المسئلة اختلاف الرواية واختلاف الجواب لاختلاف الموضوع فتفريق الضرب على الاعضاء فيما اذا بلغ بالتعزير اقصاه والثانى فيما اذا لم يبلغ وهكذا فى الشرنبلالية عن المجتبى وفتح القدير ويتقى المواضع التى تتقى فى الحد ودو عن ابى يوسف انه يضرب فيه الظهر والالية فقط عينى (قوله ثم حد الزنى) لان جنايته اعظم حيث شرع فيه الرجم عينى (قوله ثم حد الشرب) لان جنايته مقطوع بها بمشاهدة الشرب والاحضار الى الحاكم بالرائحة عينى فان قلت لا يلزم من المشاهدة التيقن بالسبب لانه قد يكون لاساغة لقمة قلت المراد التيقن من حيث الظاهر كما فى الشرنبلالية (قوله فدمه هدر) لانه فعل ما امر به وفعل المأمور لا يتقيد بالسلامة كالفصاد ونحوه نهر وقوله هدر أى باطل قال فى البحر عن ضياء الحلوم ذهب دمه هدرا اى باطلا (قوله بخلاف الزوج اذا عزر زوجته الخ) وجه الفرق ان تعزير الزوجة ليس بواجب فيتقيد بشرط السلامة بخلاف اقامة الحد او التعزير لانه واجب والواجب لا يجامع الضمان واورد ما لو جامع امرأته فماتت او افضاها حيث لا يجب عليه شئ عند الامام الاعظم ومحمد وان كان الجماع مباحا واجيب بأن ضمان المهر قد وجب ابتداء فلو وجبت الدية لكان فيه ايجاب ضمانين بمقابلة مضمون واحد وهو منافع البضع وذلك لا يجوز ثم اعلم ان عدم وجوب الضمان مقيد بما اذا كانت ممن يجامع مثلها لما نقله المرحوم الشيخ شاهين عن البزازية ونصه جامع صغيرة لا يجامع مثلها فماتت ان اجنبية على عاقلته الدية وان منكوحته فالدية على عاقلته والمهر على الزوج اهـ فان قلت فعلى هذا قولهم لو وجبت الدية لكان فيه ايجاب ضمانين الخ منقوض قلت لا نسلم نقضه لان المسئلة مفروضة فيمن يباح جماعها ولا شك ان جماع الصغيرة التى لا تطيقه غير مباح وعن ابى يوسف ان القاضى اذا لم يزد فى التعزير على مائة لا يجب الضمان اذا كان يرى ذلك لانه ورد ان اكثر ما عزر رواية مائة فان زاد على مائة فمات يجب نصف الدية على بيت المال لان ما زاد على المائة غير مأذون فيه فحصل

وفى رواية تسعة وسبعون وهو قول زفر وقول محمد مضطرب فى بعض الكتب مع أبى حنيفة وفى بعضها مع أبى يوسف ثم ذكر مشايخنا ان أدناه مفوض الى رأى الامام يقيم بقدر ما يرى المصلحة فيه وعن أبى يوسف ان التعزير على قدر عظم الجرم وصغره وعنه انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنى والقذف بغير الزنى من حد القذف (وصح حبسه بعد الضرب وأشد الضرب التعزير) يريد به الشدة فى الضرب وقيل جمع الاسواط فى عضو واحد (ثم حد الزنى ثم حد الشرب ثم حد القذف ومن حد أو عزر) بأمر الامام (فمات فدمه هدر) وقال الشافعى تجب ديته فى بيت المال (بخلاف الزوج اذا عزر زوجته

القتل بفعل مأذون فيه و بفعل غير مأذون فيه فيتنصف زيلعى واعلم ان عدم الضمان فيما اذا قتلها بالجماع او افضاها عزاه فى النهر للامام وابى يوسف وهو مخالف لما فى الزيلعى حيث عزا ذلك للامام ومحمد (قوله لترك الزينة) مقيد بما اذا كانت قادرة عليها وكانت شرعية وكذا الاجابة اذا كانت طاهرة عن الحيض والنفاس وكانت خالية عن صوم الفرض حموى عن المفتاح وليس الجواز مقصورا على الاربعة بل له تعزيرها بما فى معناها كما لو ضربت جاريته لغيرة لحقتها ولم تتعظ بوعظه او ضربت ولدها الصغير لبكائه وقالوا لو قال ان ضربتك بغير جناية فأمرك بيدك فشتمته أو مزقت ثيابه او اخذت لحيته او قالت له يا حمار أو يا ابله او كلمت اجنبيا او شاغبت معه فسمع صوتها اجنبى اودعت عليه اواعطت شيئا من ماله بغير اذنه مما لم تجر العادة به فضربها لا يكون الامر فى يدها لان ذلك جناية وهو ظاهر فى ان له ان يعزرها فى هذه المواضع نهر ومنه ما لو كشفت وجهها على غير محرم وليس منه ما اذا طلبت نفقتها أو كسوتها وألحت لان لصاحب الحق يد الملازمة ولسان التقاضى والمعنى الجامع للكل انها اذا ارتكبت معصية ليس فيها حد مقدر فان للزوج ان يعزرها واطلق فى الزوجة فشمل الصغيرة اذ الصغر لا يمنع وجوب التعزير ففى التبيين التعزير مشروع فى حق الصبيان وفى القنية مراهق شتم عالما فعليه التعزير وفى الروضة له ان يكره ولده على تعلم القرآن والادب والعلم وما عن الترجمانى البلوغ يعتبر فى التعزير أراد به ما وجب حقا لله تعالى بحر (تتمة) ادعت على زوجها ضربا فاحشا وثبت ذلك عليه عزر كما لو ضرب المعلم الصبى ضربا فاحشا فانه يعزر ويضمنه لو مات تنوير وشرحه (قوله وترك الصلاة) فى احدى الروايتين وفى الرواية الاخرى ليس له ضربها لان نفع الصلاة يعود عليها لا عليه والذى عليه الكثير ان له تعزيرها على تركها وعن بعض السلف لان ألقى الله وصداقها بذمتى خير من ان أعاشر امرأة لا تصلى (قوله والخروج من البيت) وترك غسل الجنابة تنوير (فرع) التعزير لا يسقط بالتوبة كالحد واستثنى الشافعية ذوى الهيئات قلت وقدمناه لاصحابنا عن القنية وغيرها وفى الحديث تجافوا عن عقوبة ذوى المروءة الا فى الحدود

(كتاب السرقة)

بفتح السين وكسر الراء ولك اسكانها مع فتح السين وكسرها ثم هى قسمان صغرى وكبرى بدأ بالكلام على الاولى لكثرتها وهى لغة أخذ الشئ فى خفاء تتعدى بنفسها وبحرف الجر نهر فيقال سرق منه مالا وسرق مالا حموى عن البرجندى وتسمية المسروق سرقة مجاز كما فى المغرب وركنها الاخذ وشرعا باعتبار الحرمة أخذه كذلك أى أخذ الشئ خفية بغير حق نصابا كان أولا وباعتبار القطع ما ذكره المصنف در ونهر (قوله لان الولد من الزنى هالك حكما) كذا فى بعض النسخ وفى بعضها هالك معنى (قوله قوام النفوس) كذا فى بعض النسخ وفى بعضها قيام وقوام الشئ بالفتح والكسر عماده الذى يقوم به وينتظم ومنهم من يقتصر على الكسر حموى عن المصباح (قوله ثم حد السرقة) أى ثم قدم حد السرقة وفيه انه لم يبق من الحدود شئ حتى يقدم عليه حد السرقة فالصواب ان يقال ثم ذكر حد السرقة حموى وأقول ليس فى كلام الشارح التصريح بلفظ قدم فى جانب حد السرقة فيقدر له من العوامل ما يليق به كذكر ونحوه ولم يظهر لى وجه تقديم التعزير على حد السرقة والذى يظهر تأخيره حتى عن قطاع الطريق اذ حد قطاع الطريق عقوبة مقدرة وقد يقال ذكر التعزير بعد القذف لمناسبة بينهما بجامع ان الغرض من شرعيتهما دفع العار عن المخاطب وصيانة عرضه ينبئ عن ذلك اطلاق اسم القذف على الشتم مجازا ولا كذلك حد السرقة لانه يذكر فيه مسائل لا تعلق لها بالحدود من ضمان المال وغيره ولهذا أفردها بكتاب على حدة ولما كان قطع اليد من جملة الحدود أورد السرقة عقبها (قوله هى أخذ مكلف) ولو أنثى ناطق بصير

لترك الزينة أو) لترك (الاجابة اذا دعاها الى فراشه) فماتت فانه تجب الدية والمراد بالاجابة التمكين من الوطء لان الدعوة الى الفراش كناية عن الوطء (و) لاجل (ترك الصلاة) أى بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لترك الصلاة (و) ترك (الغسل) من الجنابة (والخروج) أى بخلاف ما اذا عزر زوجته للخروج (من البيت) ولا يجوز لها الخروج اذا قبضت مهرها أو وهبته منه اما قبل قبض مهرها فلها ان تخرج فى حوائجها وان تزور أبويها وسائر محارمها بغير اذن الزوج وفى كتاب العلل فى ضرب الولد والزوجة لترك الصلاة روايتان وذكر فى جنايات الذخيرة انه ليس له ضربها على ترك الصلاة بخلاف الاب فان له ضرب ابنه على تركها بالاجماع

(كتاب السرقة)

اعلم انه قدم حد الزنى لانه شرع لصيانة الانساب والعرض وفيه احياء النفوس لان الولد من الزنى هالك معنى لعدم من يربيه ثم حد الشرب لانه لصيانة العقول التى بها قوام النفوس ثم حد القذف لانه لصيانة الاعراض ثم حد السرقة لانه لصيانة الاموال والاموال وقاية النفس والعرض (هى أخذ مكلف) مطلقا سواء كان مملوكا أو حرا كافرا أو مسلما (خفية قدر عشرة دراهم

فلا يقطع أخرس لاحتمال نطقه بشبهة ولا أعمى لجهله بمال غيره در وخرج بالمكلف الصبى والمجنون الا اذا سرق فى افاقته نهر والظاهر ان المعتوه كالصبى حموى وظاهر اطلاق عبارة النهر انه اذا سرق فى الافاقة يقطع وان كان وقت القطع مجنونا وظاهر ما قدمه هو من انه يشترط لاقامة الحد كونه من أهل الاعتبار يقتضى اشتراط افاقته الا ان يفرق بين الجلد والقطع فوجه ما سبق من انه ينتظر افاقته لان الحد هناك بالجلد فلا فائدة فى اقامته قبل الافاقة لان الالم الذى يحصل به الاعتبار يزول قبل الافاقة ولا كذلك القطع فان سبب الاعتبار فيه لا زوال له واعلم ان الاضافة فى قوله أخذ مكلف من قبيل اضافة المصدر للفاعل ومفعوله ما سيأتى من قوله قدر (قوله خفية) خرج به الاخذ مكابرة أو نهبا فلا قطع به لو كان بالمصر نهارا وان دخل الحرز خفية لان النهار وقت يلحقه الغوث فيه بخلاف الليل اذ هو وقت لا يلحقه الغوث فيه فلو لم يكتف بالخفية فيه ابتداء لامتنع القطع فى أكثر السراق لا سيما فى ديار مصر زيلعى ولم يبين المصنف ان المعتبر كونها خفية على زعم السارق أو المسروق منه فهى رباعية فلو كان السارق يعلم ان صاحب الدار يعلم بدخوله وعلم به صاحب الدار أيضا فلا قطع او لم يعلما فيقطع اتفاقا أو كان صاحب الدار يعلم بدخوله والسارق لا يعلم انه يعلم فانه يقطع اكتفاء بكونها خفية فى زعم السارق وان كان على عكسه بان زعم اللص بان صاحب الدار علم به وصاحب الدار لم يعلم ففى التبيين لا يقطع لانه جهر وفى الخلاصة والمحيط والذخيرة انه يقطع اكتفاء بكونها خفية فى زعم أحدهما أيهما كان بحر وخفية بضم الخاء وكسرها شيخنا عن المصباح (قوله قدر عشرة دراهم الخ) لقوله عليه السلام لا قطع الا فى دينار أو عشرة دراهم زيلعى فقدر يد شرعا على المعنى اللغوى أوصاف منها فى السارق وهو كونه مكلفا ومنها فى المسروق وهو كونه مالا متقوما مقدرا ومنها فى المسروق منه وهو كونه حرزا وسيأتى بيانها والمعنى اللغوى مراعى فيها اما ابتداء وانتهاء أو ابتداء فقط در وزيادة الاوصاف لاناطة الحكم الشرعى بها أى الذى هو القطع اذ لا شك ان أخذ أقل من النصاب خفية سرقة شرعا لكن لم يعلق الشرع به حكم القطع شرنبلالية عن الكمال وعن هذا ذكر السيد الحموى ان لها تعريفين يعنى شرعا أحدهما باعتبار ترتب الحرمة والضمان وهو أخذ الشئ من الغير على وجه الخفية بغير حق سواء كان نصابا أولا وأما الثانى فهو ما ذكره المصنف انتهى ولا بد وان يخرج النصاب ظاهرا حتى لو ابتلع دينارا فى الحرز وخرج به لم يقطع ولا ينتظر تغوطه بل يضمن مثله در وان يخرجه مرة واحدة اتحد مالكه أو اختلف حتى لو أخذ عشرة من كيس كل شخص درهم قبل ان يخرج من الدار قطع زيلعى فلو أخرج بعضه ثم دخل وأخرج باقيه لم يقطع وان تكون السرقة فى دار الاسلام حتى لو سرق فى دار الحرب من مسلم أو البغى فأخذ فى دار الاسلام لا يقطع نهر عن البدائع وينبغى ان يقيد عدم القطع بالاخراج مرتين بما اذا تخلل بينهما اطلاع المالك أو اغلاق الباب أو اصلاح النقب فان لم يتخلل فالسرقة واحدة فيقطع ولا بد وان يكون مملوكا لغيره فلا قطع فى استار الكعبة وان كانت محرزة بحر ولا بد وان تكون مقصودة بالاخذ فلو قصد سرقة ثوب لا يبلغ عشرة وعليه دراهم مضروبة لا يقطع الا اذا كان وعى لها وان يكون الاخذ من صاحب يد صحيحة فلا يقطع السارق من السارق تنوير وشرحه (قوله مضروبة بالجر) لانه صفة لعشرة عينى أى صفة كاشفة لا مؤسسة لما فى الدر عن المغرب الدراهم اسم للمضروبة انتهى (قوله جيدة) زاده تبعا للمصنف فى الوافى ولا يظهر نكتة حذفه من هذا الكتاب حموى (قوله كالدور والبيوت) مما أعد للحفظ بأن لا يدخل فيه بلا اذن (قوله وقال الشافعى ربع دينار وقال مالك الخ) ولنا ورود الحديث فى بيان النصاب فى الجملة حيث قال عليه السلام لا يقطع السارق الا فى ثمن المجن وقال أصحابنا المجن الذى قطعت اليد فيه على عهد النبى عليه السلام كان يساوى عشرة دراهم رواه ابن عباس وابن عمر درر والمجن بكسر الميم وفتح الجيم اسم لكل ما يستجن به أى يستتر والمراد به الترس لانه يستر حامله والجمع مجان بالفتح نوح أفندى وانما قال فى الجملة لان الحديث الذى لحق بيانا خال عن تقدير النصاب والتقدير بقول ابن عباس وابن عمر شيخنا (قوله لان الاخذ اذا لم يكن كذلك

مضروبة) جيدة (محرزة بمكان) كالدور والبيوت (او حافظ) وقال الشافعى ربع دينار وقال مالك ثلاثة دراهم وانما قيد بقوله خفية ومحرزة لان الاخذ اذا لم يكن كذلك لا يكون الآخذ سارقا وانما قال قدر عشرة دراهم ليتناول الدراهم

لا يكون الآخذ سارقا) أى فى حق القطع أما فى حق غيره كالاثم والامر برد عينه ان كان قائما أو بدله ان كان هالكا فسارق (قوله وما تبلغ قيمته عشرة دراهم) من وقت الاخذ الى وقت القطع بتقويم عدلين فان نقصت وقت القطع عن عشرة لم يقطع الا اذا كان النقص لعيب حدث أو فوات بعض العين فعلى هذا لو سرق فى بلدة ما قيمته عشرة فأخذ فى أخرى وقيمته فيها أقل لا يقطع نهر وكذا لا يقطع عند اختلاف المقومين در عن الظهيرية وكذا لا يقطع بتقويم عدل واحد بحر (قوله لا يجب القطع) ولا يجوز لانه اذا انتفت صفة الوجوب لا تبقى صفة الجواز شيخنا (قوله لانه لو سرق عشرة رديئة الخ) قيد بالعشرة لانها لو كانت أكثر من عشرة وبلغت قيمتها من الجياد عشرة قطع فقد علمت ان تعريف المختصر قاصر فلو قال المصنف هى أخذ مكلف ناطق بصير عشرة دراهم جيادا أو مقدارها مقصودة ظاهرة الاخراج خفية من صاحب يد صحيحة مما لا يتسارع من المال المتمول للغير من حرز بلا شبهة وتأويل فى دار العدل لكان أولى بحر (قوله ان كانت تروج) أى الدراهم الرديئة (قوله ثم المعتبر عشرة دراهم الخ) فيه بحث حموى قال شيخنا رحمه الله البحث لابن الهمام ونصه كما فى الشرنبلالية مقتضى ما ذكروه من ان الدراهم كانت زمن النبى عليه السلام مختلفة صنف عشرة وزن خمسة وصنف وزن ستة وصنف وزن عشرة ان يعتبر فى القطع وزن العشرة لمقتضى أصلهم فى ترجيح تقدير المجن بعشرة فانه أدرأ للحد وما كان أدرأ كان أولى وهذا الزام على قولهم ان وزن سبعة لم يكن على عهد النبى عليه السلام فأما ان قيل كالشافعية انها كانت كذلك فى زمنه صلى الله عليه وسلم فلا انتهى ويلوح انه يرد كذلك على قول الشافعية لوجود العلة انتهى كلام الشيخ حسن ويقوى هذا البحث ما ذكروه من ان أصحابنا انما أخذوا برواية تقدير ثمن المجن بالعشرة احتياطا لانه لما اختلفت الرواية فى تقدير ثمنه كان الاخذ بالاكثر أولى لانه لم يقل أحد بعدم القطع فى العشرة وانما الخلاف فى الاقل فهو بحث لا محيد عنه ومعنى قوله ويلوح اى يبدو ويظهر شيخنا عن الصحاح (قوله بوزن سبعة) الذى يظهر ان الباء فى قوله بوزن زائدة حموى (قوله فيقطع) شرط أصحابنا لقطع اليد اليمنى ان تكون يده اليسرى ورجله اليمنى صحيحتين بحر (قوله ان أقر) طائعا حتى لو أقر مكرها فاقراره باطل وبعض المتأخرين يفتى بالصحة حموى عن البرجندى وفى الدر عن الظهيرية من المتأخرين من أفتى بصحة اقراره مكرها ونقل عن القهستانى انه يحل ضربه ليقر انتهى والحاصل ان الترجيح اختلف ففى التجنيس لا يفتى بعقوبة السارق لانه جور ولا يفتى بالجور ففيه رد لما أفتى به بعض المتأخرين من انه لو أقر مكرها صح وفى شرح الحموى عن الظهيرية لو علم السارق انه لو أخبر رب المال بالسرقة ظلمه لا يخبره لكن يوصل الحق اليه بطريق آخر وفى الدر عن الزيلعى آخر باب القطع جواز ذلك سياسة وأقره المصنف تبعا للبحر وابن الكمال زاد فى النهر وينبغى التعويل عليه فى زماننا لغلبة الفساد ويحمل ما فى التجنيس على زمانهم وفى النهر لو أقر بالسرقة ثم هرب لا يتبع ولو فى فوره لما انه امارة الرجوع ولو رجع صريحا بعدما أقر ولو مرتين قبل منه ذلك فى حق الحد لا فى حق المال كما فى الهداية بخلاف ما لو اقيمت عليه البينة الخ (قوله مرة عندهما) وهو قول أكثر أهل العلم نهر (قوله وذكر بشر) المريسى رئيس أهل الاعتزال (قوله أو شهد رجلان) نبه بحصر الحجة فيهما انه لا يقطع بالنكول وان ضمن المال نهر وفى تخصيص الرجلين بالذكر ايماء الى عدم قبول شهادة النساء مع الرجال فى حق القطع لان شهادة النساء لا تقبل فى شئ من الحدود أما فى حق المال فتقبل حموى عن البرجندى ويسألهما الامام كيف هى وما هى ومتى هى وأين هى وكم هى وممن سرق لزيادة الاحتياط ويحبسه الى ان يسأل عن الشهود للتهمة ثم يحكم بالقطع در بخلاف التعزير حيث لا يحبس فيه قبل ثبوته زيلعى ولا يسأل السارق عن الزمان ولا عن المكان ويسأله عن باقى الشروط كذا فى الفتح والصواب ان يسأله لجواز ان يكون فى دار الحرب نهر وقال الحموى لقائل ان يقول يسأله عن الزمان لجواز ان تكون السرقة فى صباه فلا يحد انتهى واعلم ان السؤال عن الشهود مقيد بما اذا لم يعلم القاضى عدالتهم فان عرفها قطعه قال الشيخ حسن ولعل ما ذكره الكمال على القول

وما تبلغ قيمته عشرة دراهم وانما قيد بمضروبة حتى لو سرق عشرة تبرا لا تساوى عشرة مضروبة لا يجب القطع وروى الحسن عن أبى حنيفة ان المضروب وغيره سواء والاول أصح وانما زدنا جيدة لانه لو سرق عشرة رديئة لم يقطع عند أبى حنيفة وزفر وهو رواية عن أبى يوسف وعنه أيضا انه يقطع ان كانت تروج ثم المعتبر عشرة دراهم بوزن سبعة مثاقيل (فيقطع ان أقر) الآخذ (مرة) عندهما وعند أبى يوسف لا يقطع ما لم يقر مرتين وعنه انه شرط اقرارين فى مجلسين مختلفين وكذا الخلاف فى الاقرار بشرب الخمر وذكر بشر رجوع أبى يوسف الى قولهما (أو شهد رجلان) على السرقة

بان القاضى يقضى بعلمه وهو خلاف المختار الآن لكن قال الحموى هذا اشتباه فان قضاءه بالقطع بالبينة لابعلمه وعلمه بعدالة الشهود المتوقف عليها القضاء بالقطع ليس قضاء به ثم اعلم انه لا يقطع الا بحضور المسروق منه والشهود فان غاب أحدهم لم يقطع وكذا فى الموت كما فى النهر يعنى اذا مات أحد من المسروق منه أو الشهود لم يقطع ايضا وهذا فى كل الحدود سوى الرجم وعفى القصاص ان لم يحضروا استحسانا نهر عن الكافى و بحر عن الكمال وتعقبه فى الشرنبلالية بأن استثناء الرجم مخالف لما تقدم لهم فى حد الزنى بالرجم من انه اذا غاب الشهود او ماتوا سقط الحد فلا يتجه الا استثناء الجلد فيقام حال الغيبة والموت بخلاف الرجم لاشتراط بداءة الشهود به والحاصل ان ماذكره الشيخ حسن صريح فى ان استثناء الرجم غلط وان عبارة الحاكم التى عزاها فى النهر وغيره استثناء الرجم خالية عنه وفى الدر بعد ان نقل عن البحر استثناء الرجم قال لكن نقل المصنف فى الباب الآتى تصحيح خلافه (قوله ولو جمعا الخ) سواء خرجوا معه من الحرز و بنده فى فوره او خرج هو بعدهم فى فورهم ولو كان فيهم صغير او مجنون سقط الحد عن الباقين زيلعى وزاد فى الدر المعتوه والمحرم (قوله والقياس ان يقطع الآخذ وحده) لان الاخراج من الحرز يتحقق من الحامل وحده فيقتصر عليه ووجه الاستحسان ان المعتاد بين السراق ان يتولى بعضهم الاخذ و يستعد الباقون للدفع فلو امتنع الحد بمثله لامتنع القطع فى اكثر السراق فيؤدى الى فتح باب الفساد فيجرى عليهم الحد جميعا سدا للباب زيلعى (قوله ولا يقطع بخشب) لم تجر العادة باحرازه ولهذا قلنا انه يقطع فى الابواب والاوانى والساج والابنوس والقنا والصندل كما سيأتى نهر فالمراد بالخشب الذى لايحرز عادة مالم تدخله صنعة متقومة بحر (قوله ونخلة باصلها) ينظر السر فى التقييد باصلها حموى قال شيخنا السر فيه الاحتراز عن الآتى من انه يقطع بسرقة الاوانى والابواب المتخذة من الخشب وماغلبت قيمة الصنعة فيه على قيمة اصله (قوله وحشيش) وهو الكلاء اليابس كذا فى المغرب والظاهر ان المراد بالحشيش مطلق الكلاء رطبا كان أو يابسا فيدخل فيه البقول والرياحين والتبن والعشب ونحوها حموى عن البرجندى وادخل العينى فى الحشيش الحناء والوسمة ثم قال وقيل فيهما القطع فى بلادنا لانهما يحرزان (قوله أو ماحا) كذا فى الهداية قيل الصواب المليح او المملوح وفى التصويب تامل حموى ووجهه ان الخطأ المشهور خير من الصواب المهجور (قوله سواء كان بطا او دجاجا) هذا هو الاصح در عن الغاية فمافى البحر عن الظهيرية من استثناء الدجاج من الطير خلاف الاصح (قوله وصيد) وكذا لاقطع بسرقة جلود السباع وان دبغت مالم تجعل مصلى أو بساطا (قوله وزرنيخ) بانواعه عينى قيل ينبغى ان يقطع به لانه يحرز ويصان فى دكاكين العطارين نهر وهو بكسر الزاى المعجمة طين اصفر يشبه لونه لون الذهب حموى عن المفتاح (قوله وقد تحرك) كذا نقله الحموى عن الصحاح ونقل عن المصباح انه بفتحتين والتسكين تخفيف فظاهر قوله فى الصحاح وقد تحرك ان التسكين هو الاصل وهذا عكس ماتقتضيه عبارة المصباح (قوله ونورة) بالضم وهى مايتنور به حموى عن المفتاح وانما لم يقطع فى هذه الاشياء لانها توجد مباحة فى دار الاسلام ولو قال كما فى المجمع ولا يقطع فى مباح الاصل والمتعرضة للفساد لكان اخصر واستغنى عن قوله وفاكهة رطبة الخ نهر والاصل انه لا يقطع فيما يوجد تافها مباحا فى دار الاسلام لقول عائشة رضى الله عنها كانت الايدى لاتقطع على عهده عليه السلام فى الشىء التافه أى الحقير وما يوجد فى دار الاسلام مباحا فى الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير والطباع لاتضن به زيلعى وقوله وما يوجد مباحا مبتدأ وقوله حقير خبره وقوله بصورته احتراز عن الابواب والاوانى المتخذة من الخشب والحصر البغدادية فان فى سرقتها القطع وان كان اصلها من الخشب واصل الحصير يوجد مباحا لتغيرها عن صورتها الاصلية بالصنعة المتقومة وقوله غير مرغوب فيه نصب على الحال وهو احتراز عن الذهب والفضة واللؤلؤ والجوهر فانها توجد مباحا فى دار الاسلام ولكنها مرغوب فيها وهو ظاهر المذهب وروى هشام عن محمد اذا سرقها على الصورة التى توجد مباحة وهى ان تكون مختلطة بالحجر والتراب لا يقطع وجه

الظاهر

(ولو) كان السارق (جمعا والآخذ بعضهم قطعوا وان) قسم و(اصاب لكل) واحد من السارقين (نصاب) والقياس ان يقطع الآخذ وحده وهو قول زفر والشافعى وان قال نصاب لانه لا يقطع أصاب الكل أقل من ذلك لا يقطع واحد منهم خلافا للائمة الثلاثة عندهم ان سرق جماعة ثلاثة دراهم قطعوا (ولا يقطع بخشب) ونخلة باصلها (وحشيش وقصب وسمك) مطلقا (وطير) سواء كان طريا أو مالحا (أو ماحا) سواء كان بطا أو دجاجا أو حماما (وصيد وزرنيخ) ومغرة بالتسكين وقد تحرك وهو الطين الاحمر (ونورة) وقال الشافعى يقطع بسرقة كل ما يبلغ قيمته نصابا الا التراب والطين والسرقين وهو رواية عن أبى يوسف

الظاهر انها ليست بتافهة وقوله والطباع لاتضن به أى لاتبخل بفتح الضاد وهو الاصل وجاء بالكسر ايضا كذا فى العناية فمافى الشرنبلالية من ان لفظة غير فى قول الدرر وبالجملة كل ماهو من اعز الاموال وانفسها ولا يوجد فى دار الاسلام مباح الاصل غير مرغوب فيه انتهى زائدة غير صحيح ولعله توهم كون مرغوب هو الخبر وليس كذلك بل الخبر محذوف للعلم به كذا نبه عليه شيخنا وعلى هذا فتقديره كل ماهو من اعز الاموال وانفسها ولا يوجد فى دار الاسلام مباح الاصل غير مرغوب فيه يقطع بسرقته فلفظة غير لابد منها (قوله ولا يقطع بسرقة فاكهة رطبة) لخبر أبى داود لاقطع فى ثمر ولا كثر بفتح الكاف والثاء المثلثة الجمار يخرج من راس النخل واخطأ من قال انه الحطب أو صغار النخل كما فى المغرب ويحيى قول أبى العلا اللغوى

ومهفهف ابهى من القمر * قهر الفؤاد بفاتر النظر
خلسته تفاح وجنته * فأخذتها منه على غرر
فأخافنى قوم فقلت لهم * لاقطع فى ثمر ولا كثر

حيث اشار الى اقتباس الحديث حموى (قوله أو على شجر) لعدم الاحراز ورأى الاحراز الكامل ولهذا قال فى البرهان ولو محرزا بحائط شرنبلالية واقول فى كل من عبارة الدرر والشرنبلالية نظر امابالنسبة لعبارة الدرر فلانه لافرق فى عدم القطع بين المحرز وغيره كما يفيده كلام البرهان ومثله فى الجوهرة على مانقله الحموى واما بالنسبة للشرنبلالية فلان ماذكره من التأويل بل يفيد وجوب القطع فى المحرز على الكمال وليس كذلك لان عدم القطع ليس هو باعتبار كونه غير محرز بل باعتبار تسارع الفساد اليه كما علل به العينى ولان عبارة البرهان لادلالة فيها على ماذكره من التاويل بل دلالتها على عدم الفرق بين المحرز وغيره ومنه تعلم ان ماذكره بعضهم من تعليله بعدم كمال الاحراز معزيا للبرهان غير صحيح لوجهين الاول ماسبق بيانه والثانى ان التعليل بعدم كمال الاحراز لاوجود له فى البرهان (قوله و بطيخ) وكل مالا يبقى حولا در (قوله ولحم) ولو قديدا وكل مهيأ للاكل كخبز وفى ايام قحط لاقطع بطعام مطلقا در (قوله لانه فى البادية يقطع) أى على الرواية المشهورة عزمى عن العناية قال الزيلعى والمراد بالثمر ماتسارع اليه الفساد وهو الرطب وسئل عليه السلام عن الثمر فقال من اصاب بفيه من ذى حاجة غير متخذ خبنة فلا شىء عليه ومن خرج بشىء منه فعليه غرامة مثله والعقوبة ومن سرق منه شيئا بعد ان يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع والجرين المربد وهو الموضع الذى يلقى فيه الرطب ليجف والجران الموضع الذى يعصر فيه العنب أو الثمر قال فى الصحاح واهل المدينة يسمون الموضع الذى يجفف فيه الثمر مربدا وهو السطح والجرين فى لغة اهل نجد و يقال تمر ربيد للذى تضدى حب ووضع عليه الماء والخبنة ماتحمله فى حضنك وفى الحديث لاتتخذ خبنة وفى صحاح الجوهرى الجرن والجرين والجران موضع الثمر الذى يجفف فيه انتهى وماوقع فى بعض نسخ الزيلعى بالزاى المعجمة قال شيخنا تحريف لا اصل له فى اللغة وقوله عليه السلام فى الحديث غير متخذ خبنة بنصب خبنة على المفعولية لمتخذ و يجوز جره بالاضافة لما قبله واقتصر شيخنا فى الضبط على الثانى وكانه لانه الرواية (قوله لان الذى حصد واحرز يقطع فيه) فى غير ايام القحط نهر عن المبسوط وسبق (قوله ولا يقطع بسرقة أشربة) مطربة ولو الانا ذهبا تنوير وشرحه ومطربة بمعنى مسكرة نهر ولكن هذا لايناسب ماذكره الشارح من الاطلاق مفسرا بقوله سواء كانت حلوة أو مرة فعلى ماذكره الشارح لافرق بين المطرب وغيره امافى المطرب فلانه يتأول اراقته وأماغيره فلتسارع الفساد اليه بناء على ان المراد بالاشربة المنقوع منها ماغير المنقوع فيقطع بسرقته حيث كان ممالا يحل شربه والى هذا يشير قول الشارح والمراد بالاشربة الاشربة التى لاتبقى الخ لكن يشكل بمافى النهر عن الحدادى من انه لا قطع بشراب نقيع الثمر والزبيب على الصحيح لانه مما تسارع اليه الفساد وبالخل يقطع كما فى الشرنبلالية عن الكمال قال وفى الجوهرة قال أبو حنيفة لا قطع فى الخل لانه قد صار خمرا مرة وفى نوادر أبى سليمان لاقطع فى الرب والجلاب

(و) لا يقطع بسرقة (فاكهة رطبة او) لو كانت (على شجر) (و) بطيخ (ولبن ولحم) وزرع لم يحصد) وقال الشافعى يقطع فى هذه الصور والفاكهة الرطبة لانه فى البادية يقطع والانا قال بالحصد لان الذى حصد واحرز يقطع فيه (و) لا يقطع بسرقة (أشربة) مطلقا سواء كانت حلوة أو مرة والمراد الاشربة التى لا تبقى فلحفظ هذه المسائل والمراد بالاشربة القاعدة التى يتسارع اليه الفساد

انتهى (قوله والا فالتى تبقى وتدخر الخ) أى حولا فأكثر كذا يستفاد مما قدمناه عن الدرر من انه لا قطع بكل ما لا يبقى حولا (قوله لا قطع فيما يتسارع اليه الفساد) فيه قصور يعلم مما قدمناه فلو زاد قوله أو كان مباح الاصل غير مرغوب فيه ما لم تدخله صنعة لكان أولى (قوله طنبور) بضم الطاء لانه يتأول الانكار والامر بالمعروف عيني (قوله ومصحف) بضم الميم وكسرها وقد تفتح لان الناس لا يضنون بأخذ المصاحف للقراءة فيها فصار كالاخذ بالاذن وعن أبي يوسف انه يقطع لانه مال متقوم ولهذا يجوز بيعه حموى والظاهر انه لا يشترط لدرء الحد عن سارق المصحف ان يكون قارئا اذ له ان يتناول أخذه لقراءة غيره اوليتعلم هو القرآن (قوله ولو محلى) لان الحلية تبع در (قوله وباب مسجد) فيه استدراك بما قدمه أى صاحب الدرر من قوله وباب من خشب شرنبلالية وتعقبه شيخنا بانه لا استدراك لان ما تقدم يقطع فيه لاحرازه وهذا لا قطع فيه لعدم احرازه انتهى فان قلت الحكم في باب الدار هكذا فما الفائدة في تخصيصه قلت انما خص به لمناسبة المصحف ولهذا ذكره بعده حموى عن القراحصارى وانما لا يقطع بسرقة باب مركب لانه حرز لا محرز در لكن لو اعتاد سرقة ابواب المساجد بولغ فى تعزيره وحبسه حتى يتوب نهر وليس المراد أنه كلما كان الباب مركبا لا يقطع بسرقته كما يتوهم من عبارة النهر بل المراد بالمركب ما كان خارج البيت كما فى الدرر فلو كان مركبا داخل الحرز قطع ولا قطع بمتاع المسجد كحصيره وقناديله لعدم الحرز وكذا استار الكعبة كما فى الشرنبلالية عن الفتح واقول فيه نظر لما قدمناه عن البحر من ان شرط القطع ان يكون المسروق ملكا للغير وفرع عليه عدم القطع باستار الكعبة وان كانت محرزة انتهى وفيه كلام سيأتى (قوله وشطرنج) ولو من ذهب وهو بكسر الشين شرنبلالية وذكر الحموى انه اختلف فى لفظ الشطرنج هل هو عربى أو معرب فظاهر كلام ابن هشام انه عربى وانه يقرأ بالسين والشين يعنى المهملة والمعجمة وصاحب القاموس قال بتعريبه الا انه لم يتعرض لاصله والحريرى قال بتعريبه حيث قال الشطرنج بفتح الشين وقياس كلام العرب الكسر لانه اذا عرب الاسم رد الى ما يستعمل من نظائره فى لغتهم وزنا وليس فى كلامهم فعلل والذى فى كلامهم على هذا الوزن فعلل بكسر الفاء فلهذا وجب كسر الشين الخ وكان المناسب ذكر الشطرنج ونحوه كالنرد عقب الطنبور عيني (قوله ونرد) بفتح النون وهو الذى تلعبه الافرنج عيني ولو من ذهب لتناول السارق الكسر نهيا عن المنكر ولو سرق دراهم عليها تمثال قطع لانه أعد للتمول فلا يثبت فيه تأويل نهر (قوله وصبى حر ولو معه حلى) لان الحر ليس بمال وما عليه تبع نهر والحلى بفتح الحاء وسكون اللام كظبى وجمعه حلى بضم الحاء وكسر اللام وتشديد الياء ويجوز كسر الحاء أيضا والجمع حلى بكسر الحاء وبالقصر وروى بضم الحاء أيضا حموى عن البناية (قوله فيه نبيذ أو ثريد) لتناوله الشرب أو الاكل (قوله والخلاف فى صبى لا يمشى ولا يتكلم) أى لا يميز اما المميز فلا يقطع اجماعا لانه خداع لا سرقة نهر ولو عبر الشارح بغير المميز بدل لا يمشى ولا يتكلم لكان أولى اذ المشى والكلام لا يستلزمان وجود التمييز (قوله وعبد كبير) أى يعبر عن نفسه ولو نائما أو مجنونا أو اعمى لانه اما غصب أو خداع در وكذا فى النهر فسر الكبير بالمميز الذى يعبر عن نفسه فعطف الشارح الصغير الذى يعقل ويتكلم على الكبير لا حاجة اليه والحاصل ان الشارح فهم ان المراد بالكبير هو البالغ فلهذا عطف الصغير الذى يعقل عليه وما فهمه الشارح هو الظاهر من كلام الزيلعي أيضا (قوله ولا يقطع بسرقة دفاتر) لان المقصود ما فيها وهو ليس بمال ولو سرق الكواغد والجلود قبل الكتابة يقطع عيني (قوله والشعوذة) فى القاموس الشعوذة خفة فى اليد وأخذ كالسحر ترى الشئ بغير ما هو عليه أصله من رأى العين وهو مشعوذ ومشعوذ شيخنا (قوله أى الذى لم يعبر عن نفسه) لانه مال منتفع به ان كان يمشى و يعقل أو بعرضية ان يصير كذلك ان كان بخلافه وحكى ابن المنذر الاجماع على ذلك مع ان أبا يوسف استحسن عدم القطع لانه وان كان مالا من وجه لكنه آدمى من وجه والثانى يوجب شبهة فى ماليته نهر وكان الظاهر الاقتصار على قوله لانه بعرضية ان يصير منتفعا به لان الكلام فى الصغير

والافالتى تبقى وتدخر مال اجماعا فيقطع لا قطع فيما يتسارع اليه الفساد (و) لا قطع فى (طنبور) وما أشبهه من الملاهى (ومصحف ولو محلى) بحلية (وباب مسجد) وقال الشافعى يقطع ان بلغت قيمة المصحف نصابا وعن أبى يوسف رحمه الله مثله وعنه انه يقطع ان بلغت حليته نصابا (و) لا يقطع بسرقة (صليب ذهب) مطلقا سواء كان فى المصلى أو فى غيره وعن أبى يوسف رحمه الله ان كان الصليب فى المصلى لا قطع وان كان فى بيت آخر يقطع (و) لا يقطع بسرقة (شطرنج ونرد وصبى حر ولو) كان (معه حلى) وعن أبى يوسف يقطع اذا كان عليه حلى يبلغ نصابا وعلى هذا اذا سرق اناء فضة فيه نبيذ أو ثريد والخلاف فى صبى لا يمشى ولا يتكلم حتى لا يكون فى يد نفسه (و) لا يقطع بسرقة (عبد كبير) وصغير يعقل ويتكلم (و) لا يقطع بسرقة (دفاتر) مطلقا سواء كانت مشروعة ككتب التفسير والحديث والفقه أو غير مشروعة ككتب الشعر والسحر والشعوذة ونحوها (بخلاف) سرقة العبد (الصغير) أى الذى لم يعبر عن نفسه ولا يعقل ولا يتكلم فانه يقطع فيه عندهما خلافا لابى يوسف (و) بخلاف (دفاتر الحساب) والمراد بها دفاتر مضى حسابها

الذى لا يعبر عن نفسه وقوله فى النهر ان كان يمشى و يعقل صوابه حذف قوله و يعقل اذ كيف يتصف بالعقل مع ان الكلام فى الذى لا يعبر عن نفسه ولهذا قال الشارح أى الذى لم يعبر عن نفسه ولا يعقل واعلم ان العبد المسروق اذا كان صغيرا غير مميز وقيمته دون النصاب وفى اذنه ما يكمل به النصاب باعتبار الضم يقطع زيلعى (قوله لان ما فيها لا يقصد بالاخذ) و ينبغى ان لا يقطع فى دفاتر مباشرى الاوقاف اذ المقصود علم ما فيها من جهات ونقود وردت ثم كتمت أو وزعت نهر (قوله وكلب) ولو كلب صيد أو ماشية نهر لانه مباح الاصل عيني فان قلت ما القرينة فى كلام المصنف على عطف كلب وما عطف عليه على ما لا يقطع فيه دون ما يقطع فيه مع انه ملاصقه قلت لعله التنكير اذ لو كان معطوفا على الصغير ودفتر الحساب لقال والكلب والفهد للتناسب فلما نكره دل على انه معطوف على ما لا يقطع فيه من الالفاظ المذكورة قبل قوله بخلاف الصغيرة وهى كلها منكرة ولعله انما اعاد الجار فى قوله وخيانة وشئ قطع فيه للدلالة على ان كلا منهما مخالف لما قبله الا انه على هذا كان ينبغى اعادة الجار فى قوله وفا كهة وما عطف عليه من الانواع المختلفة ولو ادخل الجار وهو الباء على قوله وكلب وعطف البواقى عليه من غير اعادة الجار كما صنع فى الوافى لكان أحسن حموى عن ابن الشلبى (قوله وفهد) ولو عليه طوق من ذهب علم السارق به أولا لانه تبع تنوير وشرحه (قوله ودف) بفتح الدال وضمها وهو نوعان مدور ومربع نهر ويجمع على دفوف (قوله اما طبل الغزاة الخ) وكذا طبل المسحر شيخنا (قوله فاختلف المشايخ الخ) الاصح عدم وجوب القطع واختاره الشهيد وفى الولوالجية وهو المختار لان صلاحيته للهو صارت شبهة نهر (قوله وبربط) بفتح الموحدتين وهو العود نهر وفى المفتاح انه النساى وفى شرح ابن الحلبي هو ملهاة تشبه العود وهو فارسى معرب وأصله بر بت لان الضارب يضعه على صدره واسم الصدر بر وقال فى المصباح البربط وزان جعفر من ملاهى العجم ولهذا قيل انه معرب شيخنا عن ابن الاثير (قوله ومزمار) وكذا كل ما كان من آلات اللهو واما على قولهما وهو المفتى به من انه لا قيمة لها بدليل انه لا ضمان على متلفها فظاهر واما على قول الامام فلان آخذها يتأول فيها الكسر نهيا عن المنكر نهر والظاهر من كلامهم انه لا يشترط صدور التأول بالفعل بل يكفى امكانه (قوله ونهب) وهو الاخذ علانية على وجه القهر نهر فعدم القطع لعدم الشرط وهو الاخذ خفية (قوله واختلاس) هو ان يختطف الشئ من يد المالك أو من البيت لقوله عليه السلام ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع وما ورد من ان امرأة كانت تستعير المتاع وتجحده فأمر عليه السلام بقطعها فاما ان يقال كان لسرقة صدرت منها نهر او يقال هو منسوخ بما روينا زيلعى أو يحمل على انه سياسة لتكرار الفعل منها وما فى النهر من تفسير الاختلاس بان يختطف الشئ من يد المالك أو من البيت حمله بعضهم على ما اذا لم يدخل البيت والا فيقطع وفى هذا الحمل نظر والظاهر عدم القطع مطلقا أخذا من تعليل الزيلعى عدم القطع بان الاختفاء شرط ولم يوجد انتهى اللهم الا ان يحمل على ما اذا كان الاخذ على وجه الخفية لكن يلزم الخروج عن وضع المسئلة حينئذ اذ الكلام فى الاختلاس لا فى السرقة واعلم ان النهب والاختلاس أخذ الشئ علانية الا ان الفرق بينهما من جهة سرعة الاختطاف فى جانب الاختلاس بخلاف النهب فان ذلك غير معتبر فيه (قوله الخلس الخ) خلست الشئ واختلسته وتخلسته اذا استلبته والتخالس التسالب والاسم الخلسة بالضم شيخنا عن الصحاح (قوله أخذ الشئ من ظاهر بسرعة) أراد بظاهر ان يكون الاخذ علانية حتى لو لم يكن كذلك بان كان اختفاء وكان الاخذ من حرزه فانه يقطع لكن لا يكون الاخذ على هذا الوجه اختلاسا بل سرقة (قوله وقال أبو يوسف والشافعى يقطع فيه) لما روى عنه عليه السلام انه قال من نبش قطعناه ولهما قوله عليه السلام لا قطع على المختفى وهو النباش بلغة أهل اليمن وما رواه أبو يوسف منكر او محمول على السياسة لمن اعتاده نهر وقوله منكر لانه ذكر فى آخر الحديث من قتل عبده قتلناه ومن جدع جدعناه ولا يكاد يثبت هذا ابداعيني والجدع بالجيم والدال المهملة قطع

لان ما فيها لا يقصد بالاخذ وانما المقصود الكواغد فيقطع ان بلغت نصابا واختلف فى كتب الادب قيل هى ملحقة بسائر دفاتر الحساب وقيل بالفقه والتفسير (و) لا يقطع بسرقة (كلب وفهد ودف وطبل) هذا اذا كان طبل لهو واما اذا كان طبل الغزاة فاختلف المشايخ فى وجوب القطع فيه (وبربط ومزمار و) لا يقطع (بخيانة) المؤتمن الشئ المودع ما فى يده من الشئ المأمون (ونهب واختلاس) الخلس بالخاء المعجمة والسين المهملة أخذ الشئ من ظاهر بسرعة (ونبش) النبش استخراج الشئ المدفون من باب طلب ومنه النباش الذى ينبش القبور وقال أبو يوسف والشافعى يقطع فيه واختلف مشايخنا فيه اذا كان القبر فى بيت مقفل

الانف وقطع الاذن أيضا وقطع اليد والشفة شيخ شاهين من الصحاح (قوله والاصح انه لا يقطع) صحح ابن الملك فى شرح المجمع ان النباش يقطع سواء كان القبر فى بيت مقفل أو فى الصحراء والخلاف انما هو فى سرقة الكفن المسنون اما اذا سرق الزائد على القدر المسنون أو شيئا آخر وضع معه فى القبر فلا يقطع اتفاقا حموى (قوله سواء نبش الكفن) صوابه سرق الكفن (قوله أو سرق مالا آخر من البيت) الذى فيه القبر لتأوله زيارة القبر نهر (قوله وكذا اذا سرق الكفن من تابوت الخ) أو من بيت فيه الميت نهر معللا بتأوله تجهيزه وادعى ان اطلاق كلام المصنف يشمله قال الحموى وفى الشمول نظر (قوله ومال عامة) لانه منهم واذا احتاج ثبت له الحق فيه بقدر حاجته فأورث شبهة نهر (قوله أو مشترك) لان ثبوت ملكه فى بعضه شبهة قوية وفى السراج لو أوصى له بشئ فسرقه قبل موت الموصى قطع وان بعد الموت وقبل القبول لا يقطع والظاهر انه لا فرق فى عدم القطع بعد الموت بين ان يكون الموصى به مفرزا كالثوب أولا كثلث ماله واما مال الوقف قال فى البحر لم أر من صرح به ولا يخفى انه لا يقطع به وقد عللوا عدم القطع فيما لو سرق حصير المسجد بعدم المالك فكذا هذا انتهى ولو قيل ان كان الوقف على العامة فماله كبيت المال وان كان على اقوام محصورين فلعدم المالك حقيقة لكان حسنا نهر قال شيخنا هذا عجيب منهما أى من صاحب البحر والنهر لتصريح علمائنا وتصريحهما أيضا فى فصل كيفية القطع واثباته بانه يقطع بطلب كل من له يد حافظة وصرحوا فى التمثيل لذلك بمتولى الوقف يقطع بطلبه اذا سرق مال الوقف من يده حقيقة أو حكما بان أخذ من حرز فكان بحثا مخالفا للمنقول ويظهر ان الاظهر فى التعليل لعدم القطع فى حصير المسجد كونها غير محرزة انتهى فعلى هذا يقطع بسرقة استار الكعبة اذا كانت محرزة بطلب من له يد حافظة خلافا لما قدمناه عن البحر (قوله ومثل دينه) لانه استيفاء لدينه وله ذلك من غير رضا من عليه اذا ظفر به زيلعى (قوله يقطع قياسا) لانه لا يباح له أخذه فصار كاخذه من غيره ووجه الاستحسان ان دينه ثابت فى ذمته والتاجيل لتاخير المطالبة زيلعى (قوله وكذا اذا سرق زيادة على حقه) لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه فيصير شبهة زيلعى بقى ان يقال تعبير الشارح كالزيلعى بقوله وكذا اذا سرق زيادة على حقه يقتضى عدم شمول كلام المصنف له وكانه لتوهم أن المراد بالمثل المماثلة فى المقدار وليس كذلك بل المراد المماثلة من حيث الجنس حتى لو سرق عروضا تساوى دينه يقطع لانه ليس له ولاية الاستيفاء منه الا بيعا بالتراضى الا ان يدعى البيع فحينئذ يدرأ عنه الحد للشبهة (قوله وعن أبى يوسف انه لا يقطع أصلا) لان له ان يأخذ عند بعضهم كابن أبى ليلى والشافعى قضاء عن حقه أو رهنا به قلنا هذا قول لم يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر وفى المجتبى وماقالاه أى أبو يوسف والشافعى أوسع و يجوز الاخذ به عند الضرورة انتهى قال الحدادى والتوفيق بين القولين ان يحمل قول من قال بالقطع يعنى كالامام الاعظم و محمد على من لم يعرف الخلاف السابق ومن قال بعدمه على من عرف ولا خلاف انه لو قال أخذتها رهنا بدينى أو قضاء لا يقطع نهر (قوله فالصحيح انه لا يقطع) لان النقدين جنس واحد حكما ولهذا كان للقاضى ان يقضى به دينه من غير رضا المطلوب و يضم احدهما الى الآخر فى الزكاة زيلعى والحلى كالعروض فيقطع به در ولو سرق من غريم أبيه أو ابنه الكبير أو مكاتبه أو عبده المأذون المديون قطع لا ان سرق من غريم ابنه الصغير ولو سرق العبد أو المكاتب من غريم المولى قطع نهر وقوله أو مكاتبه أو عبده يعنى سرق من غريم مكاتبه أو من غريم عبده هذا هو المراد وبه صرح فى التنوير ولو صرح به فى النهر لكان أولى دفعا للايهام (قوله ولا يقطع بشئ قطع فيه ولم يتغير) كذا لا يقطع لو كان ذهبا أو فضة وقطع به ورد فجعله المسروق منه آنية أو كانت آنية فضربها دراهم ثم عاد فسرقه لا يقطع عند أبى حنيفة خلافا لهما شرنبلالية عن الفتح بخلاف ما اذا باعها من السارق ثم اشتراها ثم سرقها الاول لان تبدل الملك يوجب تبدل العين حكما فصارت كانها تبدلت حقيقة أصله حديث بريرة انه عليه السلام قال هو لها صدقة ولنا هدية زيلعى

قوله

والاصح انه لا يقطع سواء نبش الكفن أو سرق مالا آخر من البيت وكذا اذا سرق الكفن من تابوت فى القافلة وفيه الميت لا يقطع فى الاصح (و) لا يقطع بسرقة (مال عامة) أى كمال بيت المال (أو مشترك) بين السارق والمسروق منه (ومثل دينه) أى من له على آخر دين فسرق منه مثله والدين حال لم يقطع وان كان مؤجلا يقطع قياسا ولا يقطع استحسانا وكذا اذا سرق زيادة على حقه لا يقطع وان سرق من خلاف جنس حقه يقطع وعن أبى يوسف انه لا يقطع وان كان دينه دراهم فسرق دنانير المديون فالصحيح انه لا يقطع (و) لا يقطع (بشئ قطع فيه ولم يتغير) يعنى من سرق عينا فقطع فيها فردها

(قوله ثم عاد فسرقها وهى بحالها لم يقطع) لان القطع يستلزم سقوط عصمة المحل وبالرد الى المالك ان بقيت حقيقة العصمة بقيت فيه شبهة السقوط نظرا الى اتحاد المالك والملك والعين فان قيل حد الزنى يتكرر بتكرر الفعل فى محل واحد فوجب ان يكون حد السرقة كذلك قلنا حد الزنى يجب باعتبار المستوفى من منافع البضع والمستوفى فى الزنى الثانى غير المستوفى فى الاول اما حد السرقة فباعتبار العين وهى لا تختلف حتى لو اختلفت بان تغيرت وجب القطع ثانيا زيلعى وقوله حد الزنى يتكرر بتكرر الفعل بان زنى ثانيا بعد ما حد للاول وترك التقييد به لما سبق (قوله ويقطع بسرقة الساج الخ) لان هذه الاشياء من اعز الاموال وأنفسها وهى محرزة ولا توجد مباحة الاصل بصورتها فى دار الاسلام غير مرغوب فيها فصار كالذهب والفضة وفى شرح المختار لا قطع بالعاج ما لم يعمل فاذا عمل منه شئ قطع فيه ولا قطع فى الزجاج لانه يتسارع اليه الفساد وقيل فى المصنوع منه يقطع و يقطع فى العود والمسك والادهان والورس والزعفران والعنبر لما ذكرنا فى الفصوص زيلعى ونقل الحموى عن المفتاح ان القطع بسرقة الساج بحسب ديارهم اما فى ديارنا فلا قطع فيه والالف فيه منقلبة عن واو واصله سوج بفتحتين الخ (قوله قالوا الا ينبت الا ببلاد الهند) وكذا الابنوس شيخنا (قوله والقنا والابنوس) القنا بالقصر جمع قناة خشب الرماح والفه منقلبة عن واو والابنوس بفتح الباء فيما سمع مغرب وانما فتحت الباء هربا من اجتماع الساكنين حموى (قوله والصندل) خشب أحمر واصفر طيب الرائحة (قوله والفصوص الخضر) التقييد بالخضر اتفاقى ومن ثم اطلق صاحب المجمع حموى (قوله والياقوت) فى البناية الياقوت أحمر واصفر وأخضر واعزها الاحمر حموى (قوله والزبرجد) بفتح الزاى والباء وهو حجر اخضر ينفع من الصرع وكلال البصر حموى عن المفتاح قال وفى البناية انه حجر أخضر يشبه الياقوت الاخضر وليس له منفعة الا حسن منظره انتهى (قوله كما فى الحصير البغدادى الخ) وكذا الدمنهورى لانه بالصنعة التحق بالاموال النفيسة (قوله لا يثقل على الواحد حمله) كذا فى الهداية وعلله بان الثقيل منه لا يرغب فى سرقته انتهى وفيه نظر لان ثقله لا ينافى ماليته ولا ينقصها وانما تقل فيه رغبة الواحد لا الجماعة ولو صح هذا لامتنع القطع فى فردة حمل من قماش ونحوه وهو منتف ولهذا اطلق الحاكم فى الكافى القطع شرنبلالية عن الكمال وقال الحموى ما ذكره الشارح من التقييد لم يظهر وجهه وما يقال من ان وجهه عدم تأتى الخفية فيه ففيه نظر انتهى ثم رأيت الجواب عن الهداية لشيخنا بخطه حيث ذكر ان ما نظر به الكمال ساقط لتخصيص الهداية بكلمة منه وانما يرد لو كان اطلق كما لا يخفى انتهى قلت ولهذا علل الزيلعى المسئلة بقوله لانه لا يرغب فى سرقة الثقيل من الابواب انتهى ومنه يعلم انه لا قطع بسرقة ما يثقل من الابواب مطلقا ولو على وجه الخفية خلافا لما سبق عن السيد الحموى (فرع) دلال معروف فى يده ثوب تبين انه مسروق فقال رددته على الذى أخذته منه برئ كذا بخط شيخنا عن منية المفتى فى الكفالة والحوالة

(فصل فى الحرز) (قوله وهو الموضع الحصين) أى لغة ولم يذكر معناه الشرعى وقال العينى وهو أى الحرز فى اللغة الموضع الحريز وهو الموضع الذى يحرز فيه الشئ أى يحفظ وفى الشرع ما يحفظ فيه المال عادة كالدار والحانوت والخيمة أو الشخص نفسه والمراد من الحرز ما لا يعد صاحبه مضيعا انتهى وسواء كان للدار باب وهو مفتوح أو ليس لها باب نهر لان البناء يقصد للاحراز لكن لا يقطع بالسرقة من الدار اذا كان بابها مفتوحا فى النهار لانه مكابرة بخلافه فى الليل بعد انقطاع انتشار الناس زيلعى عن شرح المختار ونقل عن المحيط ان الفشاش نهارا لا يقطع أيضا اذا لم يكن فى الدار أحد فان كان فيها واحد وهو لا يعلم بالفشاش قطع وظاهر ما نقله الزيلعى عن الهداية يقتضى انه يقطع فى المغلوقة مطلقا أى وان لم يكن فيها أحد (قوله لا برضاع) يعنى اذا كانت المحرمية برضاع يقطع كما اذا سرق من أبيه أو ابنه أو أخيه رضاعا وقول الزيلعى هذا لا حاجة اليه اذ لم يدخل فى الرحم المحرم رده العينى بجواز ان يكون رحما من

ثم عاد فسرقها وهى بحالها لم يقطع وعن أبى يوسف والشافعى يقطع قياسا وانما قال ولم يتغير لانه لو تغيرت عن حالها بان سرق غزلا فقطع فرده فنسج ثم سرقه ثانيا يقطع (و يقطع بسرقة الساج) الساج شجر عظيم جدا قالوا الا ينبت الا ببلاد الهند كذا فى المغرب (و) بسرقة (القنا) أى الرمح (والابنوس والصندل) والدارصينى (والفصوص) الخضر (والياقوت والزبرجد واللؤلؤ) وعن محمد لا يقطع فى الفص ونحوه (و) يقطع بسرقة (الاوانى والابواب المتخذة من الخشب) قوله المتخذة متعلق بالاوانى والابواب واعلم انه اذا غلبت الصنعة على الاصل فى الحصر كما فى الحصير البغدادى والجرجانى قالوا يقطع أيضا وتفسير الغلبة ان تزيد قيمة الصنعة على قيمة الاصل هكذا فى شرح القدورى وفى الابواب المعمولة انما يقطع اذا كان فى حرز اما اذا كان فى باب الدار لا يقطع وانما يقطع اذا كان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله

(فصل فى الحرز) وهو الموضع الحصين يقال أحرزه جعله فى الحرز (ومن سرق من) بيت (ذى رحم محرم لا برضاع)

النسب ومحرما من الرضاع فيحتاج الى اخراجه انتهى وذلك كابن العم الذى هو أخوه رضاعا وهو الحق لان الرحم لا يكون الا نسبا اما المحرم فقد يكون من الرضاع أيضا فأخرجه وكانه قال محرم نسبى نهر الا ان السيد الحموى نظر فى كلام العينى ولم يبين وجه النظر و بينه شيخنا بان الزيلعى لا ينكر ما ذكره العينى وانما يقول اذا كان محرما من الرضاع لم يدخل تحت ذى الرحم المحرم أى مجموعه ما من النسب (قوله لم يقطع مطلقا) اما فى قرابة الولاد فللاذن بالدخول فى الحرز مع البسوطة فى المال وأما فى غيرهم كالاخ والاخت فلالحاقهم بقرابة الولاد بجامع الاذن بالدخول فى الحرز نهر قال البرجندى والظاهر انه لا دخل للقرابة وانما المعتبر الحرز ففى كل موضع كان له ان يدخل فيه بلا مانع ولا حشمة لا يقطع سواء كان بينهما قرابة أولا ولهذا لا يقطع لو سرق من بيت ذى الرحم المحرم متاع غيره قال الحموى وفيه نظر فان الصديقين يدخل احدهما بيت الآخر بلا مانع ولا حشمة مع انه يقطع اذا سرق من بيت صديقه فظهر ان للقرابة يعنى المؤيدة بالمحرمية مدخلا ويدل على ذلك تعليلهم المسئلة بان القطع يفضى الى قطيعة الرحم واقول هذا لا يرد على البرجندى لان الصديق وان كان يدخل محل صديقه بلا مانع ولا حشمة لكن لزمه القطع للسرقة من بيت لم يؤذن له فى دخوله حتى لو سرق من المحل الذى جرت عادته بدخوله لم يقطع (قوله وعن أبى يوسف اذا سرق من امه رضاعا لم يقطع) لانه يدخل عليها عادة من غير استئذان بخلاف اخته من الرضاع لعدم هذا المعنى زيلعى (قوله لانه اذا سرق مال ذى رحم محرم من بيت غيره يقطع) وقول العينى ينبغى ان لا يقطع فى الولاد للشبهة معناه ينبغى ان لا يقطع بالسرقة من الاجنبى اذا كان المسروق من الاجنبى مال أصله وان علا أو فرعه وان سفل شيخنا (قوله و زوجته و زوجها) لجريان الانبساط بين الزوجين فى الحرز والمال عينى ولو فى عدة البائن وكذا لا قطع لو سرق من اجنبية ثم تزوجها سواء كان التزوج قبل القضاء بالقطع أو بعده فى ظاهر الرواية كما فى التبيين والفتح وكذا لو سرقت منه ثم تزوجته يكون على هذا شرنبلالية عن البحر بخلاف ما اذا سرق منها بعد انقضاء العدة فانه يقطع بحر وعن محمد اذا تزوجها بعد القضاء يقطع زيلعى والحاصل ان فى باب السرقة يكتفى بوجود الزوجية فى حال من الاحوال قبل القطع وفى باب الرجوع فى الهبة لا بد من قيام الزوجية وقت الهبة فلو حدثت بعدها فالرجوع ثابت وفى الوصية الاعتبار لها حالة الموت لا غير بحر (قوله لم يقطع مطلقا) الاطلاق فى مقابلة ما فصله مالك حموى (قوله وقال الشافعى يقطع) أى فى قول لاطلاق النص وبه قال مالك وأحمد وفى قول آخر يقطع فى الزوج فقط عينى أى يقطع فى سرقة الزوج (قوله وقال مالك الخ) الذى فى العينى وعن مالك (قوله ومن سرق من سيده) شامل للقن والمدبر والمكاتب وام الولد بحر ولم يذكر معتق البعض ولعله كالمكاتب شرنبلالية وقد فاته المأذون له مع انه نص عليه فى البحر ومن هنا يعلم ما فى كلام بعضهم حيث ذكر ما ظاهره تصريح الشرنبلالى بالمأذون وليس كذلك وكذا لا يقطع بالسرقة من أقارب سيده لما فى البحر من ان العبد ملحق بمولاه حتى لا يقطع فى سرقة لا يقطع فيها المولى كالسرقة من أقارب المولى لانه مأذون له بالدخول عادة فى بيت هؤلاء لاقامة المصالح (قوله ومن مكاتبه) لان له حقا فى كسبه نهر وينبغى على هذا مكاتب المكاتب شرنبلالية (قوله وختنه وصهره) الختن زوج كل ذى رحم محرم منه والصهر كل ذى رحم محرم من امرأته عينى ونهر وذكر الحموى ان الختن زوج البنت وقيل زوج كل ذى رحم محرم منه انتهى (قوله ومن مغنم) وان لم يكن له فى الغنيمة حق لانه مباح الاصل وهو على صورته لم يتغير خلافا لما فى الغاية حيث قال ينبغى ان يكون المراد من السارق من له نصيب فيها أما من لا نصيب له فيقطع نهر وفى الدر ما يخالفه حيث عزا للغاية عدم القطع بالسرقة من المغنم وان لم يكن له حق فيه معللا بانه مباح الاصل فصار شبهة انتهى ثم ظهر ان ما فى النهر من التقييد بالنظر لصدر كلام الغاية وما فى الدر من الاطلاق بالنظر لآخره (قوله ومن بيت أذن للناس فى دخوله) وفى قوله للناس اشارة الى انه لو أذن لجماعة مخصوصين فدخل معهم من لم يؤذن له وسرق ينبغى ان يقطع قال فى البحر ولم أره وحرز كل شئ يعتبر بحرز مثله حتى

لم يقطع مطلقا سواء سرق من ماله أو مال غيره وقال الشافعى يقطع فى غير الولاد وعن أبى يوسف اذا سرق من أمه رضاعا لم يقطع وانما قيدنا بالبيت لانه اذا سرق مال ذى رحم محرم من بيت غيره يقطع (و) من سرق من (زوجته و) من سرقت من (زوجها) لم يقطع مطلقا وقال الشافعى يقطع وقال مالك ان سرق من بيت سوى البيت الذى هما فيه يقطع والا فلا (و) من سرق من (سيده وزوجته) أى زوجة سيده (و) من (زوج سيدته ومن مكاتبه و) من (ختنه وصهره ومن مغنم) من الغنيمة (و) من (حمام) ومن (بيت أذن) للناس (فى دخوله) ويدخل فى ذلك حوانيت التجار

انه لو سرق دابة من اصطبل يقطع بخلاف اللؤلؤة كذا ذكره الطحاوى وقال الكرخى ما كان حرز النوع فهو حرز للانواع كلها قال السرخسى وهذا هو المذهب عندنا انتهى ويخالفه ما فى الدر عن القهستانى أنه جزم بان المذهب ان حرز كل شئ يعتبر بحرز مثله وفى الحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ فى الصحيح حتى لو أذن له بالدخول فيه فسرق منه وصاحبه عنده لا يقطع لان الحافظ لا يعتبر مع الحرز بالمكان وذلك قد سقط بالاذن زيلعى (قوله لم يقطع) أطلقه فعم ما لو كان صاحب المتاع الذى سرق من الحمام ونحوه يحفظه لما قدمناه من ان الحرز بالحافظ لا يعتبر فى الحرز بالمكان وهو ما اعد لاحراز الاموال كالدور والبيوت والصناديق وأمثال ذلك فكان الحرز بالمكان أقوى لانه يمنع من وصول اليد الى المحرز مع اختفائه عن أعينهم فكان الحرز بالحافظ دونه فيكون كالبدل عنه فلا يعتبر حال وجود الاصل بخلاف ما لو سرق من المسجد وربه عنده فانه يقطع كما سيذكره المصنف لعدم الحرز بالمكان فكان الحرز بالحافظ معتبرا ولهذا نقل الحموى عن الخلاصة انه اذا نزل جماعة بيتا أو خانا فسرق بعضهم من بعض متاعا وصاحب المتاع يحفظه او تحت رأسه لا يقطع ولو كان من مسجد قطع انتهى وكذا لا يقطع القفاف وهو الذى يعطى الدراهم لينظر اليها فيأخذ منها وصاحبها لا يعلم به تنوير وشرحه (قوله وعند أبى يوسف ومحمد اذا سرق من بيت ختنه الخ) لعدم الشبهة فى المال والحرز وبه قالت الثلاثة وله ان الخلوة معهن مباحة والدخول عليهن للزيارة معتاد فأورث شبهة وتأخير الزيلعى لدليلهما مؤذن بترجيحه والخلاف مقيد بما اذا كان كل فى منزل على حدة أما اذا جمعهما منزل واحد فلا قطع اتفاقا والمحرمية بالمصاهرة كالمحرمية بالرضاع نهر (قوله وعن أبى حنيفة اذا سرق ثوبا من تحت رجل فى الحمام الخ) مبنى على ان الحرز بالحافظ يعتبر ولو مع الحرز بالمكان وهو خلاف الراجح كما سبق (قوله هذا اذا أخذ نهارا) لم يرد بالنهار ولا بالليل خصوصهما بل أراد بالنهار وقتا قد أذن للناس بالدخول فيه ولو ليلا وكذلك قوله أما اذا أخذ ليلا الخ أراد به وقتا لم يؤذن للناس بالدخول فيه ولو نهارا كذا يستفاد من الشرنبلالية اذا علمت هذا ظهر أنه لا حاجة لما ذكره الحموى حيث استثنى من قول الشارح هذا اذا أخذ نهارا فقال يعنى الا اذا كان بابه مغلقا فحينئذ يقطع فى النهار كما فى الكافى انتهى لان غلق بابه علامة على عدم الاذن بالدخول ثم قال و ينظر حكم ما لو سرق من المسجد وكان المسجد مغلقا انتهى قال شيخنا والحكم أنه لا قطع لانه ليس بحرز لانه ما بنى للاحراز ولهذا اعتبر وافيه الحرز بالحافظ انتهى (قوله أو من غير الحرز) أشار الى ما فى النهر من أن الحكم غير قاصر على المسجد بل كذلك كل مكان لم يوضع للاحراز ومنه الطريق والصحراء انتهى لكن عطفه باو يوهم ان المسجد حرز وليس كذلك الا أن يجعل من عطف العام على الخاص لكن يرد عليه ان عطف العام على الخاص شرطه الواو حموى والمراد مسجد الجماعة فلو سرق من مسجد البيت قطع حموى أيضا (قوله وربه عنده) وأشار بالحضرة الى أن الثياب ليست عليه فلو سرق من رجل ثوبا عليه أو رداء أو قلنسوة أو منطقة أو سرق من امرأة نائمة حليا عليها لم يقطع وكذا اذا سرق من رجل نائم ملاءة وهو لابسها لم يقطع بحر عن المجتبى وفيه مخالفة للزيلعى حيث اوجب القطع فيما اذا سرق ملاءة وهو لابسها وفيه أنه مع اللبس لا يكون قاصدا للحفظ فكيف يلزمه القطع (قوله حاضر) نائما كان او يقظان فى الاصح لانه عليه السلام قطع سارق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم فى المسجد نهر واعلم ان اطلاق قول المصنف وربه عنده يفيد القطع مطلقا سواء كان تحت رأسه أو جنبه او لم يكن وظاهر كلام الزيلعى ان هذا هو الراجح يدلك على هذا قوله وقيل لا يكون محرزا فى حال نومه الا اذا كان تحت رأسه او تحت جنبه وجه الاول ان المعتبر الاحراز وقد حصل به فان الناس يعدون النائم عند متاعه حافظا له لا مضيعا ولهذا لا يضمن المودع والمستعير به اه (قوله وان لم يخرجه عنه) بخلاف المحرز بالمكان فان اخراجه شرط لوجوب القطع زيلعى ونصه والاخراج من الحرز شرط لوجوب القطع فى المحرز بالمكان لقيام يده قبله وفى الحافظ يكتفى بمجرد الاخذ لزوال يد المالك به الخ وقوله لقيام يده قبله أى لقيام يد المالك قبل الاخراج (قوله

(لم يقطع) هذا جواب الشرط ومتعلق بالجميع وعند أبى يوسف ومحمد اذا سرق من بيت ختنه وصهره يقطع فيهما وعن أبى حنيفة رحمه الله اذا سرق ثوبا من تحت رجل فى الحمام يقطع وعندهما لا يقطع وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى هذا اذا أخذ نهارا اما اذا أخذ ليلا فيقطع (ومن سرق من المسجد) أو من غير الحرز (متاعا وربه عنده) حاضر (قطع) وان لم يخرجه عنه والا لا

والمراد بالرب الحافظ) مالـكا كان أولى وانما قال والمراد الخ لان حقيقة الرب المالك لا الحافظ حموى (قوله وان سرق ضيف الخ) اطلقه فشمل ما اذا سرق من البيت الذى أضافه فيه او من غيره من تلك الدار التى أذن له فى دخولها وهو مقفل أو من صندوق مقفل شرنبلالية عن الفتح ولا يشكل بما سبق من لزوم القطع فى الصديق لحمله على ما اذا دخل اعتمادا على ما بينهما من الصداقة فقط حتى لو أذنه بالفعل لم يقطع كالضيف فلا منافاة (قوله ولم يخرجه من الدار) لعدم تحقق الاخذ من كل وجه وقيد بالسرقة لانه فى الغصب يجب الضمان وان لم يخرجه فى الاصح نهر لانه يجب مع الشبهة هذا اذا كانت الدار صغيرة لا يستغنى أهل البيوت عن الانتفاع بصحنها الا نها حينئذ تكون كلها حرزا واحدا وان كانت كبيرة وأخرجه الى صحنها يقطع وان لم يخرجه منها زيلعى ومنه تعلم ما فى كلام الشارح من الاجمال حيث اعتبر الاخراج الى الصحن مع انه انما يقطع به اذا كانت الدار كبيرة (قوله الى الصحن) مفهومه ان الاخراج الى الصحن موجب للقطع وهذا اذا كانت كبيرة فلو صغيرة فلابد من الاخراج الى خارج الدار كما سبق (قوله وان أخرجه من حجرة الى صحن الدار) أراد بالدار الكبيرة التى بها حجر ومنازل وفى كل حجرة مقصورة وهى مكان يستغنى به من الانتفاع بصحن الدار وانما ينتفعون به انتفاع السكة فيكون الاخراج اليه كالاخراج الى السكة فيقطع وبهذا تغايرت المسئلة مع ما قبلها نهر (قوله او أغار من أهل الحجر الخ) فيما اذا كانت الدار كبيرة لانها بمنزلة المحلة بخلاف ما اذا كانت صغيرة فان حكمها حكم مكان واحد فلا يقطع الساكن فيها ولا المأذون له بالدخول فيها اذا سرق من بعض مقاصيرها عينى وقوله أو أغار من أهل الحجر على حجرة معناه سرق رجل من أهل الحجر شيئا من حجرة فالجار والمجرور صفة للفاعل المحذوف وحجرة قام مقام المفعول المحذوف كما يقام الظرف مقام المظروف قراحصارى يقال أغار الفرس فى العدو اذا أسرع أى سرق شيئا منها بسرعة والحاصل أن المصنف فى التعبير بهذا اللفظ تابع لشمس الائمة الحلوانى ولفظ محمد وان أغار انسان من أهل المقاصير انسانا على متاع من يسكن مقصورة أخرى وهذا أصح لان الاغارة تدل على الجهر والسرقة تدل على الخفية شلبى قلت ومن ثم فسر قراحصارى اغار بسرق حموى (قوله أو نقب بيتا) ليس البيت قيدا بل المراد ما يكون حرزا حموى (قوله فدخل والقى شيئا الخ) هذا اذا رماه بحيث يراه فان رماه بحيث لا يراه فلا قطع وان أخذه لانه جعل مستهلكا له على هذه الصفة قبل خروجه بدليل وجوب الضمان عليه قيد بأخذه له لانه لو لم يأخذه أو أخذه غيره كان مضيعا لا سارقا نهر قلت والظاهر أن التقييد بالعطف بثم اتفاقى حموى وأقول بل الظاهر أنه انما عطف بثم الدالة على التراخى اشارة الى انه لا يشترط للقطع كون الاخذ على فور الالقاء ولو عطف بالفاء لربما توهم اشتراط الفورية فلا يكون تقييد العطف بثم اتفاقيا (فرع) سقط منه مال فأخذه غيره ليرده على صاحبه ثم رده الى موضعه لم يضمن لانه فى ذلك الموضع فى يد صاحبه حكما زيلعى ومقتضى قوله ليرده على صاحبه انه لو أخذه لنفسه ثم رده ان يضمن (قوله فساقه) أو علق رسنه فى عنق كلب وزجره قيد بما يضاف سيره اليه لانه لو علقه فى عنق طائر فالقاه فى منزل السارق فانه لا يقطع واختلف لو وضعه فى ماء وأخرجه بقوة جريه والاصح أنه يقطع لانه أخرجه بسببه ويشكل عليه ما مر من مسئلة الطائر ولهذا والله أعلم جزم الحدادى بانه لا قطع ولم يحك غيره ولا كلام انه لو أخرجه بتحريكه لضعف الماء قطع نهر (قوله خلافا لزفر فى صورة الالقاء) لان الالقاء غير موجب للقطع فكذا الاخذ من السكة قلنا الرمى خصلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع او ليتفرغ للقتال أو للفرار ولم تعترض يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا نهر وقوله خصلة ضبطه شيخنا بفتح الخاء (قوله وان ناول آخر الخ) لم يذكر محمد ما لو وضعه فى النقب ثم خرج وأخذه والصحيح أنه لا يقطع نهر عن الفتح وقوله ناول آخر يجوز أن يقرأ بالرفع أى أخذ آخر من السارق الداخل من خارج اى خارج البيت وبالنصب أى اعطى السارق المسروق آخر قراحصارى (قوله أو ادخل يده فى بيت وأخذ) لقول على لا قطع على السارق الظريف وفسره بهذا قيد بالبيت لانه لو أدخل يده فى الجوالق أو الصندوق قطع لعدم

والمراد بالرب الحافظ (وان سرق ضيف ممن أضافه أوسرق) من الدار (شيئا و) الحال انه (لم يخرجه من الدار) الى الصحن (لا) يقطع (وان أخرجه من حجرة الى) صحن الدار أو أغار من أهل الحجر على حجرة أو نقب) بيتا (فدخل) فيه وأخذ (وألقى شيئا فى طريق) وخرج (ثم أخذه أو حمله) أى المسروق (على حمار فساقه وأخرجه قطع) فى جميع الصور المذكورة خلافا لزفر فى صورة الالقاء فى الطريق ثم الاخذ فان عنده لا يقطع وانما قيد بقوله فدخل لانه اذا لم يدخل فيه بنفسه بل أدخل يده فيه وأخذ شيئا لا يقطع خلافا لابى يوسف كما سيأتى وقيد بقوله فساقه وأخرجه لانه لو حمل الحمار فخرج السارق وذهب الى منزله ثم خرج الحمار بعد ذلك وجاء الى منزله لم يقطع وكذا ان خرج الحمار قبل خروج السارق كذا فى المحيط (وان ناول آخر من خارج أو أدخل يده فى بيت) ولم يدخل هو بنفسه (وأخذ أو طر) أى قطع وشق

امكان دخوله نهر وهذا يفيد القطع بالسرقة من خزائن الجامع الازهر لوجود السرقة من الحرز بالمكان الذى هو الخزانة ولو سرقها بجملتها فلا قطع كذا ذكره شيخنا ووجهه أن ما فى الخزانة محرز بها أما الخزانة نفسها فهى غير محرزة واعلم أن تخصيص المصنف اليد بالذكر فى قوله أو ادخل يده فى بيت الخ جرى على العادة فانه لو أدخل شيئا فى الصندوق بحيث يتعلق به متاع ويخرج ينبغى ان يقطع حموى عن البرجندى ولا يخفى ما فيه والمناسب ان يقال تخصيص اليد بالذكر فيما سبق عن النهر من قوله لو أدخل يده فى الجوالق أو الصندوق قطع جرى على العادة الخ ما ذكره الحموى (قوله صرة) وهى الخرقة التى تشد فيها الدراهم والمراد ههنا هو الكم المشدود فيه الدراهم يقال صررت الدراهم أصرها اذا شددتها (قوله خلافا لابى يوسف فى صورة ادخال اليد أى فى رواية عنه بقرينة ما سنذكره (قوله فان عنده يقطع فيهما) أى فى طر الصرة وادخال اليد بان دخل الحرز أحدهما وأدخل الخارج يده فتناول منه المتاع (قوله لانه اذا ادخل يده فى الكم الخ) ولو كان مكان الطر حل انعكس الحكم وبهذا ظهر أن ما اطلقوه فى الاصول من أن الطرار يقطع انما يتأتى على قول أبى يوسف فانه قال يقطع على كل حال نهر عن الفتح والحاصل أن سرقة ما فى الكم رباعية لان الصرة اما أن تكون بباطن الكم أو ظاهره وعلى كل اما أن تكون السرقة بالطر والحل ففى ثنتين يقطع اتفاقا هما ما اذا طرها وهى داخل الكم أو حل رباطها الخارج فتناول الدراهم من الداخل وفى ثنتين الخلاف وهما عكس ما ذكرنا (قوله وعن أبى يوسف ان كان الخارج الخ) اعلم ان أبا يوسف اختلفت عنه الرواية فروى عنه ان على الداخل القطع على كل حال لان الهتك تم منه فصار المال مخرجا بفعله أو بمعاونته وأما الخارج فان أدخل يده قطع لوجود الاخراج من الحرز وان لم يدخل يده ولكن الداخل أخرج يده وناوله لا يقطع لعدم الهتك والاخراج منه وعنه فى رواية أخرى ان الخارج اذا أدخل يده وأخذ المتاع يقطع لحصول المقصود وهو أشبه بمذهبه كما فى الزيلعى والفرق بين الروايتين يعسر الا أن يقال لا قطع على الداخل على الرواية الثانية اذا لم يخرج يده بالمتاع بان ادخل الخارج يده فتناول المتاع من الداخل (قوله من قطار) بكسر القاف كما فى الطلبة حموى وفى الدر بفتح القاف وهو الابل اذا كانت على نسق واحد والجمع قطر نهر (قوله أو حملا) بكسر الحاء ما يحمل على ظهر أو رأس حموى عن المغرب (قوله لا يقطع) فى جميع الصور المذكورة لعدم الحرز أو لعدم هتكه زيلعى (قوله جوالقا) بضم الجيم قال فى المغرب الجوالق بالفتح جمع جوالق بالضم والجواليق بزيادة الياء تسامح وهو اسم أعجمى معرب لان الجيم والقاف لا يجتمعان فى كلمة واحدة عربية حموى عن ابن الشلبى (قوله وربه يحفظه) هذا قيد فى الجوالق لان الجوالق غير محرز فاعتبر الحافظ وان كان ما فيه محرزا به ففى شقه وأخذ ما فيه يقطع سواء كان معه من يحفظه أم لا للاخذ من الحرز وفى أخذه بتمامه لا قطع الا أن يكون معه من يحفظه وبهذا التقرير تعلم ان المسئلة الاولى وهى قوله وان شق الحمل فأخذ منه متاعا يجب فيها القطع مطلقا وان لم يكن معه من يحفظه لتحقق الاخذ من الحرز بخلاف سرقة الجوالق بجملته اذا لم يكن معه من يحفظه وكانهم انما تركوا التنبيه على ذلك لوضوحه قيد بشق الحمل والاخذ منه بان أدخل يده اذ هو الممكن فى الحمل كالصندوق بخلاف الحانوت ونحوها حيث لا يكتفى بالاخذ باليد بل لابد من أن يدخله بنفسه لانه لو شقه فتبدد ما فيه فأخذه لا يقطع وان حصل مقصوده لعدم الهتك زيلعى (قوله صندوق) والجمع صناديق مثل عصفور وعصافير وفتح الصاد عامى حموى عن المصباح ونقل عن المفتاح أنه بالفتح ولا يقال بضم أوله انتهى (قوله أو فى جيب غيره) فى المصباح جيب القميص بالفتح على النحر والجمع اجياب وجيوب وجابه قوّر جيبه وجيبه بالتشديد جعل له جيبا انتهى وظاهر ان هذا ليس مرادا فى كلام المصنف فان المراد بالجيب ما يشق بجانب الثوب ليحفظ فيه الدراهم وينظر هل اطلاق الجيب على ما يوضع فيه الدراهم من الثياب عربى أو عرفى حموى والاخذ من العمامة كالاخذ من الجيب شيخنا قلت وينبغى أن يكون الاخذ من الحزام كذلك (تتمة) نقب البيت ثم خرج ولم يأخذ شيئا الا فى الليلة الثانية ان

(صرة) مأخوذ من قولهم دراهم مصرورة أى مشدودة (خارجة من كم أوسرق من قطار بعيرا أو حملا لا) يقطع فى جميع الصور خلافا لابى يوسف فى صورة ادخال اليد وطر الصرة فان عنده يقطع فيهما وانما قيد بقوله خارجة لانه اذا أدخل يده فى الكم وقطعها وأخذها قطع كما يأتى فى آخر هذا الفصل وقوله وان ناول آخر اى ان أعطى رجلا آخر من خارج البيت لا يقطع واحد منهما مطلقا سواء أخرج الداخل يده فناولها الخارج أو أدخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل وعن أبى يوسف ان كان الخارج أدخل يده حتى ناوله الآخر المتاع فالقطع عليهما وان كان الداخل أخرج يده مع المتاع حتى أخذه منه الخارج يقطع الداخل فقط قوله أوسرق من قطار أى من سرق من قطار جملا أو حملا لا يقطع مطلقا سواء كان معه سائق يسوقه أو قائد يقوده أولا لان مقصود القائد والسائق القود والسوق وقطع المسافة دون الحفظ وانما يجب القطع اذا كان المسروق محفوظا مقصودا حتى لو كان مع الجمال من يتبعها للحفظ يقطع (فان شق الحمل فأخذ منه) متاعا (أوسرق جوالقا فيه متاع) يبلغ النصاب (وربه يحفظه أو نائم عليه) أو بقرب منه بحيث يكون حافظا له ويعد حفظا عرفا (أو أدخل يده فى صندوق أو فى جيب غيره أو كمه فأخذ المال قطع) فى الصور المذكورة

كان ظاهرا وعلم به رب المنزل ولم يسده لم يقطع والا قطع ولو سرق مالا من حرز فدخل آخر وحمل السارق بما معه قطع المحمول خاصة ولا عبرة للحامل ولو أخرج شاة من حرز قيمتها دون نصاب فتبعتها أخرى لم يقطع ولو أخرج نصابا من حرز مرتين فصاعدا ان تخلل بينهما اطلاع المالك فاصلح النقب أو اغلق الباب فالاخراج الثاني سرقة أخرى نهر عن السراج

(فصل في كيفية القطع واثباته) لما كان القطع حكم السرقة من الحرز ذكره عقبه لان حكم الشئ يعقبه بحر (قوله وتقطع يمين السارق) لقراءة ابن مسعود فاقطعوا أيمانهما وهي مشهورة فتقييدا طلاق النص فهذا من تقييد المطلق لا من بيان المجمل لان الصحيح انه لا اجمال في الآية بحر (قوله من الزند) لانه عليه الصلاة والسلام قطع السارق من الزند وهو حجة على من قال بقطع الاصابع فقط وعلى الخوارج في قولهم تقطع من المنكب عيني والزند بفتح الزاي وسكون النون مفصل طرف الذراع في الكف وهما زندان الكوع والكرسوع صحاح وقاموس فالكوع طرف الزند الذي يلي الابهام والكرسوع طرف الزند الذي يلي الخنصر واذا كان للسارق كفان في معصم واحد قيل يقطعان وقيل ان تميزت الاصلية وأمكن الاقتصار على قطعها لم تقطع الزائدة والا قطعت وهو المختار فان كان يبطش باحداهما قطعت الباطشة فان سرق ثانيا قطعت اليسرى ولا تقطع هذه الزائدة كذا في النهر وقوله قطعت اليسرى أي رجله اليسرى ولو صرح به لكان أولى ولا يقطع في شدة الحر والبرد بل يحبس حتى يتوسط الامر نهر عن السراج زاد في المفتاح ولا في حالة المرض لكن في البناية لا يحد عند شدة المرض حموي ويشترط لقطعه حضرة المسروق منه سواء حضر الشهود أم لا بأن غابوا أو ماتوا في قول أبي حنيفة وصاحبيه وكذا هذا في كل حد وحق سوى الرجم وبعض القصاص وان لم يحضروا استحسانا لانه من حقوق الناس شرنبلالية وقوله سوى الرجم مخالف لما قدمه في كتاب السرقة من ان استثناء الرجم غلط (قوله وتحسم) لانه لو لم يحسم يؤدي الى التلف كذا في الهداية ومقتضاه وجوب الحسم فتح ويؤيده قوله عليه الصلاة والسلام في السارق اقطعوه ثم احسموه اذ الاصل في الامر ان يكون للوجوب حموي والمنقول عن الشافعي ندب الحسم فان لم يفعل لا يأثم عنده ويسن عنده تعليق يده في عنقه لانه عليه السلام أمر به وعندنا لا يسن لكن للامام فعله ان رآه ولم يثبت عنه عليه السلام في كل من قطعه ليكون سنة نهر وغيره وفيه ان المواظبة بدون ترك تفيد الوجوب ومع الترك أحيانا تفيد السنية ثم رأيت بخط شيخنا ما به ينحل الاشكال حيث قال المراد لم يثبت صدور الامر لا في الكل ولا في البعض انتهى فالنفي فيه من قبيل عموم السلب لا من سلب العموم ثم أجر الحسم وثمن الزيت على السارق لان السبب منه نهر عن الذخيرة بخلاف أجرة المحضر للخصوم ففي بيت المال وقيل على المتمرد شرح وهبانية قلت وفي قضاء الخانية هو الصحيح لكن في قضاء البزازية وقيل على المدعى وهو الاصح در ولو اخر الحسم ليكون الحسم قيدا فيما ذكر وفيما يأتي لكان أولى حموي عن البرجندي (قوله الكي) بحديدة محماة لئلا يسيل دمه وهذا أحد قولين حكاهما الحموي عن المفتاح الثاني هو ان تجعل يد السارق بعد القطع في دهن أغلي لينقطع دمه انتهى والحاصل ان تفسير الشارح الحسم بالكي لا يتمشى الا على القول الاول لان غمس اليد في الدهن الذي أغلي لا يسمى كيا فما في عبارة بعضهم معزيا الى المغرب مما يوهم ان الكي هو غمس اليد في الدهن الذي أغلي فيه نظر ظاهر ولو جعل مرجع الضمير هو الحسم كما هو الواقع في عبارة الشرنبلالية لصح كلامه (قوله من الكعب) عند أكثر أهل العلم نهر وهو مأثور عن عمر وقال أبو ثور والروافض تقطع من نصف القدم من معقد الشراك لان عليا كان يفعل كذلك ويدع له عقبا يمشي عليها بحر (قوله ويعزر) أي بالضرب مع الحبس دل على ذلك أي على ان المراد بالتعزير هنا خصوص الضرب مع ان الحبس تعزير أيضا عطفه عليه ووجه تعزيره بالضرب والحبس ما نقله الحموي عن البرجندي انه لما سقط القطع لم يبق الا الزجر بالضرب والحبس انتهى واعلم ان عطف التعزير على الحبس يوهم ان الحبس ليس تعزيرا وقد تقدم ان التعزير يكون بالحبس ذكره الحموي أيضا وأقول

*(فصل في كيفية القطع واثباته) وتقطع يمين السارق من الزند) أي الرسغ (وتحسم) الحسم بالحاء المهملة والسين المهملة الكي (و) تقطع (رجله اليسرى) من الكعب (ان عاد) الى السرقة ثانيا (فان سرق ثالثا حبس حتى يتوب) ويعزر أيضا (ولم يقطع شئ منه

مبنى التوهم كون العطف للمغايرة وهو الاصل وأما ان جعل من عطف العام على الخاص فلا واعلم ان ظاهر ما نقله في البحر عن المجتبى يقتضي انه يعزر بالضرب مع الحبس لا بقيد كون الضرب قبل الحبس وهو ظاهر أيضا مما نقله البرجندي عن الخزانة الا ان السيد الحموي بعد ان نقل ما نقله في النهر عن المجتبى قال يعني يعزر بالضرب قبل حبسه في الثالثة والرابعة (قوله وقال الشافعي الخ) لقوله عليه الصلاة والسلام من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ولنا اجماع الصحابة حين حجهم علي بقوله اني لاستحي من الله ان لا أدع له يدا يبطش بها ورجلا يمشي بها ولم يحتج أحد منهم بالحديث فدل على عدمه وقال الطحاوي تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشئ منها أصلا ولو صح حمل على السياسة أو النسخ درر وزيلعي ومنه تعلم ما في كلام العيني حيث اقتصر في الاستدلال للامام الشافعي على قوله عليه الصلاة والسلام من سرق فاقطعوه ولعله سقط من قلمه بقية الحديث بدليل قوله بعد ان أجاب عن الحديث بأنه لم يثبت ولهذا لم يقتل في الخامسة وان ذكر فيما روى الخ أي وان ذكر القتل في الخامسة في الحديث الذي رواه الشافعي واعلم ان الجواب بحمل الحديث على السياسة أو النسخ استشكل بأن السياسة حكم لم يرد به الشرع فكان الظاهر الاقتصار على النسخ انتهى قلت وقولهم لا دخل للقاضي ولا للمفتي فيها يشير الى ما سبق من ان السياسة حكم لم يرد به الشرع لكن يعكر عليه قولهم انها شرع مغلظ (قوله للامام ان يقتله سياسة) أي ان سرق بعد القطع مرتين لا ابتداء كذا ذكره بعضهم وكلامه في النهر يفيد ان جواز قتله سياسة محمول على ما اذا سرق في الخامسة حيث قال في الجواب عن الحديث السابق وبتقدير ثبوته فهو محمول على السياسة بدليل انه قال في الخامسة فان عاد فاقتلوه ومن ثم قال في الفتاوى السراجية ان للامام قتله سياسة وأما قتله ابتداء فليس من السياسة في شئ الخ فسياق كلامه يفيد ان قتله سياسة قبل الخامسة لا يجوز لكن رأيت بخط الحموي عن السراجية ما نصه اذا سرق ثالثا ورابعا للامام ان يقتله سياسة لسعيه في الارض بالفساد انتهى قال فما يقع من حكام زماننا من قتله أول مرة زاعمين ان ذلك سياسة جور وظلم وجهل والسياسة الشرعية عبارة عن شرع مغلظ (قوله كما لا يقطع الخ) بل يحبس حتى يتوب حموي ووجه عدم قطعه اذا كانت ابهام يده اليسرى مقطوعة أو شلاء أو اصبعان منها سوى الابهام أو رجله اليمنى مقطوعة ان في قطعه تفويت جنس المنفعة وهو البطش والمشي بخلاف ما اذا كانت أصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة أو شلاء لان فوتها لا يمنع القطع في ظاهر الرواية درر لان فوتها لا يوجب خللا في البطش ظاهرا عيني ولو كانت يده اليمنى شلاء أو ناقصة الاصابع تقطع في ظاهر الرواية لان المستحق بالنص قطع اليمنى واستيفاء الناقص عند تعذر الكامل جائز زيلعي (قوله او رجله اليمنى مقطوعة) قيد بقطع الرجل اليمنى لانه لو كانت رجله اليمنى مقطوعة الاصابع فان كان يستطيع القيام والمشي عليها قطعت يده وان كان لا يستطيع القيام والمشي عليها لم تقطع يده كذا في الغاية فصريح كلامه انه اذا كانت رجله اليمنى مقطوعة يسقط عنه قطع يده اليمنى في السرقة الاولى والحاصل كما ذكره شيخنا انه اذا كان مقطوع الرجل اليمنى يسقط عنه قطع يده اليمنى في السرقة الاولى ويسقط عنه أيضا قطع رجله اليسرى في السرقة الثانية انتهى ومنه تعلم ما في كلام العيني من القصور حيث قال بعد قول المصنف او رجله اليمنى مقطوعة لا تقطع رجله اليسرى ومن ثم قال الشيخ شاهين اي ولا يده اليمنى في السرقة الاولى انتهى ونقل الحموي عن شرح ابن الحلبي ما نصه وقول العيني لا تقطع رجله اليسرى محمول على ما اذا سرق ثانيا والحال ان رجله اليمنى مقطوعة فانه حينئذ لا تقطع رجله اليسرى وهذا الحمل صحيح لكنه بعيد مخالف لما يقتضيه سياق الكلام انتهى وليس خصوص القطع قيدا بل كذلك لو كانت رجله اليمنى شلاء كما في التنوير وفي النهر عن السراج سرق سرقة فلم يؤاخذ بها حتى قطعت يمينه لواحد قصاصا قطعت رجله اليسرى (قوله ولا يضمن الخ) هذا اذا عين الامام بأن قال اقطع يمينه واما اذا اطلق بأن قال اقطع يده ولم يعين لم يضمن

وقال الشافعي تقطع يده اليسرى في المرة الثالثة ورجله اليمنى في المرة الرابعة وفي الفتاوى السراجية للامام ان يقتله سياسة (كمن سرق) أي لا يقطع كما لا يقطع يمين من سرق (وابهامه اليسرى مقطوعة أو) ابهام اليسرى (شلاء أو أصبعان منها) أي من اليسرى مقطوعتان (سواها) أي سوى الابهام (أو رجله اليمنى مقطوعة) واعلم أنه لم يذكر حكم السارق الاشل اليد اليسرى أو الاقطع لانه لما ذكر الحكم في الابهام المقطوعة والشلاء علم منه انه لا يقطع فيه بالطريق الاولى وانما قيد بقوله أو أصبعان لانه لو كانت أصبع واحدة مقطوعة سوى الابهام تقطع اليمنى (ولا يضمن

القاطع بالاتفاق لعدم المخالفة اذ اليد تطلق عليهما حموى عن شرح ابن الحلبى رحمه الله تعالى وفيه ان تعيين اليمين استفيد من قوله من أمر بخلافه قال فى النهر واجمعوا انه لو قال يمينى هذا فقطع يساره لم يضمن وان السارق لو أخرج يساره فقال هذا يمينى فقطعها لا يضمن انتهى وفيه انه ان كان المشار اليه يمينه بقوله لو قال يمينى هذا فالظاهر انه يضمن على قياس مذهب الصاحبين لانه قطع يدا معصومة بغير حق ولا تأويل فكيف يدعى الاتفاق على عدم الضمان وان كان المشار اليه يساره يتكرر بما ذكره بعد من قوله وان السارق لو أخرج يساره الخ ثم رأيت بخط شيخنا ان الصواب فى عبارة النهر ابدال قوله لو قال يمينى هذا الخ بقوله لو قال يد هذا أى لو قال الامام اقطع يد هذا فقطع يساره الخ ووجه الاتفاق على عدم الضمان ان اليد تطلق على كل منهما فلم يكن مخالفا كما سبق (قوله بقطع اليسرى) قيد به لانه لا شئ عليه بقطع اليمنى مطلقا ولو كان قبل ان يأمره الامام بقطعه ولكن يؤدبه الامام لانه أساء الادب حموى عن البناية (قوله من امر بخلافه) قيد بالامر لانه لو كان قبله وجب القصاص فى العمد والدية فى الخطأ والقضاء بالقطع كالامر به فى الاصح نهر وما فى المفتاح من انه لا يضمن غير المأمور بقطع اليسرى اتفاقا وأقره السيد الحموى فيه نظر لان المسئلة مختلف فيها قال فى النهر ولو قطعه غير الحداد لا ضمان عليه أيضا وهو الاصح انتهى (قوله وهو اليمين) الاولى تأنيث الضمير لان اليمين مؤنث سماعا (قوله عند أبى حنيفة الخ) غير انه يؤدب نهر (قوله او خطأ) قيل المراد منه الخطأ فى الاجتهاد وأما الخطأ فى معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفوا وقيل يجعل عفوا قال فى النهر عن المصفى وهو الصحيح (قوله وقال زفر يضمن فى الخطأ ايضا) والقياس ما قاله زفر وفرقا بانه فى العمد قطع يدا معصومة بغير حق ولا تأويل غير انه لا يقطع للشبهة ولابى حنيفة انه وان اتلف ظلما لكنه اخلف من جنسه ما هو خير وهو اليمين اذ قدرة البطش بها أتم وانما قلنا اخلف لان اليمين كانت على شرف الزوال فكانت كالفائتة بخلاف ما لو قطع رجله اليمنى فانه وان امتنع به قطع يده لكنه لم يعوضه من جنس ما تلف نهر وقوله غير انه لا يقطع للشبهة يعنى قياس مذهب الصاحبين ان يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة اذ ليس فى الآية تعيين اليمين والمال يجب مع الشبهة ووجه كون القياس مذهب زفر انه قطع يدا معصومة والخطأ فى حق العبد غير موضوع زيلعى واختلف المشايخ هل هذا القطع يقع حدا قيل نعم فلا ضمان على السارق ولو استهلك العين وقيل لا فيضمن فى العمد والخطأ نهر وكلام الزيلعى يفيد ان الاختلاف فى الضمان وعدمه بالنسبة للخطأ واما فى العمد فيجب عليه الضمان من غير خلاف (قوله وطلب المسروق منه السرقة الخ) أشار بذكر السرقة الى انه لا يشترط للقطع طلبه أى طلب القطع اذ هو حق الله تعالى فلا يتوقف على طلبه ولهذا لا يملك المسروق منه الخصومة بدعوى الحد واثباته مجردا عن طلب المال ولا يملك العفو بعد الوجوب ولا يورث عنه فالشرط طلب المال وتشترط حضرته عند الاداء والقطع بحر وقوله عند الاداء أى اداء الشهادة درر وباشتراط طلب المال المسروق فقط جزم الزيلعى فما يشير اليه كلام الشمنى من انه لا بد من الطلبين المال والقطع وان أحدهما لا يكفى عن الآخر خلاف الظاهر نهر اذا علمت هذا ظهر ان ما ذكره السيد الحموى فقال فان قلت القطع فى السرقة حق الله تعالى فلا معنى لاشتراط طلب المسروق منه القطع قلت انما شرط احتيالا للدرء كما قالوا فى حد القذف انتهى لا يتمشى الا على ما ذكره الشمنى من انه لا بد من طلب القطع أيضا واما على ما هو الظاهر فلا (قوله سواء كان الثبوت بالاقرار الخ) يشير الى ان حضور المسروق منه شرط قطعه فلا يقطع فى غيبته وان أقر بالسرقة واعلم ان كلام الزيلعى يفيد انه اذا أقر بالسرقة من غائب يقطع ولا ينتظر حضرة الغائب عند أبى يوسف وتعقبه فى البحر بان قطعه حال غيبة المسروق منه رواية عن أبى يوسف ومثله فى النهر عن الغاية ووجه عدم قطعه حال غيبته احتمال ان يحضر فيقر له بالملك بحر وذكر فى الدر ان عدم قطعه حال غيبة المسروق منه مخالف لما جرى عليه صاحب التنوير متنا وشرحا (قوله مودعا) بفتح الدال والقرينة عليه ما سيأتى من قوله وتقطع بطلب المالك لو سرق منهم (قوله او صاحب الربا)

بقطع) اليد (اليسرى من امر بخلافه) وهو اليمين عند أبى حنيفة مطلقا سواء قطع عمدا أو خطأ وقالا لا شئ عليه ان قطع خطأ وان قطع عمدا ضمن ارش يساره وقال زفر يضمن فى الخطأ أيضا ولو أخرج السارق يساره وقال هذه يمينى لم يضمن اتفاقا (وطلب المسروق منه) السرقة بعد حضوره عند الحاكم (شرط القطع) مطلقا سواء كان الثبوت بالاقرار أو الشهادة هذا عندنا وعند الشافعى لا تشترط المطالبة فى الاقرار فيقطع وعند ابن أبى ليلى لا تشترط الطلب ويقطع فيهما (ولو) كان المسروق منه (مودعا أو غاصبا أو صاحب الربا)

المراد به آخذه لانه ملكه بعقد فاسد وأما المعطى فليس له ان يخاصم لانه لا ملك له درر عن الشمنى (قوله بان اشترى عشرين بعشرة الخ) الاظهر فى التصوير بان اشترى عشرة بخمسة حموى ووجهه ان أقل نصاب السرقة العشرة وما فى الدرر من تصويره بقوله بان باع درهما بدرهمين وقبضهما ففيه نظر لعدم ترتب القطع على خصومته (قوله او مستعيرا) عطف على قول المصنف مودعا حموى (قوله او مضاربا او مستبضعا) بفتح الضاد مستعمل وان كان الصواب كسر الضاد حموى عن البناية (قوله وكل من له يد حافظة) برفع كل على الابتداء وخبره ما سيأتى من قوله يقطع السارق بطلبه شيخنا (قوله كالاب والوصى) ومتولى الوقف كذا فى التبيين والعناية والبحر والنهر وهل يقطع بطلب الملتقط ذكر فى الدرانه لا يقطع بسرقة اللقطة وعزاه الى الخانية مع انه فى الخانية لم يذكر عدم قطعه بسرقة اللقطة وانما ذكره فى البحر على وجه البحث تفريعا على عبارة الخانية ولفظه رجل التقط لقطة فضاعت منه فوجدها فى يد غيره فلا خصومة بينه وبين ذلك الرجل بخلاف الوديعة فان له ان يأخذها من الثانى لان لقطة الثانى كالاول فى ولاية أخذ اللقطة وليس الثانى كالاول فى ولاية اثبات اليد على الوديعة انتهى قال فى البحر بعد نقله لعبارة الخانية فينبغى ان لا يقطع بطلب الملتقط انتهى وأقول فيه نظر لان كلام الخانية مفروض فيما اذا ضاعت منه اللقطة فوجدها عند غيره فمن أين يؤخذ من هذه العبارة عدم قطع السارق للقطة أما عدم القطع على الواجد لها بعد ان ضاعت من الملتقط الاول فلعدم وجود السرقة وما ذكره فى الخانية من انه لا خصومة بينهما فيما اذا ضاعت منه اللقطة فوجدها عند غيره لا يستلزم عدم الخصومة أيضا اذا سرقت منه (قوله بطلب المالك) أطلقه فعم ما لو حضر المسروق منه وهو المودع ونحوه كالغاصب ام لم يحضر وهذا هو الظاهر خلافا لما روى عن محمد من انه لا يقطع بخصومة المالك حال غيبة المسروق منه لانه لم يسرق منه فكان أجنبيا واعلم ان ظاهر قول المصنف ويقطع بطلب المالك لو سرق منهم يفيد انه يقطع بطلب معطى الربا لو سرق ممن أخذ الربا وليس كذلك كما قدمناه عن الدرمعزيا للشمنى وكذا ما ذكره الزيلعى والعينى فى بيان مرجع الضمير من قول المصنف لو سرق منهم حيث قالا أى من المودع والغاصب وصاحب الربا يقتضى ذلك أيضا والعجب من صاحب البحر حيث بين مرجع الضمير فى قوله لو سرق منهم بقوله أى من الثلاثة وأقره مع انه نقل ما قدمناه عن الشمنى ثم رأيته فى النهر ذكر ما نصه واعلم ان ظاهر كلامه يفيد انه يقطع بخصومة معطى الربا دون صاحب الربا لان المال فى يده بمنزلة المغصوب قال فى الفتح وللمغصوب منه الخصومة الا ان المسطور فى السراج انه لا يقطع بخصومة معطى الربا لانه لا ملك له فيه ولا يد وتبعه الشمنى (قوله لو سرق منهم) قال فى المفتاح والتعبير بضمير الجماعة مع ان أو تقتضى احد الشيئين جائز قال الله تعالى ان يكن غنيا او فقيرا فالله اولى بهما وتعقبه الحموى بان الافصح بعد العطف بأو الافراد لا مطلق الجواز والذى ظهر لى ان النكتة فى عدوله عما هو الافصح الى غيره انه لو أفرد الضمير على ما هو الافصح لاوهم رجوع الضمير الى المالك وليس مرادا وأقول ما ذكره من ان الافراد افصح لا ينكره صاحب المفتاح بل فى كلامه ما يشعر به وهو قوله ان أو تقتضى احد الشيئين (قوله الا ان الراهن انما يقطع الخ) كان على الشارح كغيره ان يستثنى من عموم قول المصنف ويقطع بطلب المالك لو سرق منهم معطى الربا كاستثناء الراهن (قوله حال قيام الرهن بعد قضاء الدين) قيد به لانه لا يقطع بطلبه بعد هلاكه قبل قضاء الدين لصيرورة المرتهن مستوفيا الدين فلا مطالبة للراهن زيلعى وكذا قبل قضاء الدين حال قيام الرهن للتعليل الذى ذكره الشارح (قوله اذ لا حق له فى المطالبة بالعين بدونه) أى بدون قضاء الدين قلت بعد قضاء الدين لم يبق رهنا الا باعتبار ما كان والا فهو وديعة قال الزيلعى وينبغى ان يقطع بخصومة الراهن بعد الهلاك اذا كانت قيمة الرهن اكثر من الدين وكان الفضل يبلغ نصابا لان له ان يطالب السارق بعد الهلاك بالفضل كالوديعة حموى وما ذكره الزيلعى بحثا ارتضاه فى فتح القدير وهو مذكور أيضا فى الغاية نهر (قوله لا بطلب المالك) لو سرق من سارق بعد القطع صورته قطع سارق بسرقة فسرق

بان اشترى عشرين بعشرة دراهم وقبضها ثم سرقت أو مستعيرا أو مضاربا أو مستبضعا على سوم الشراء أو مستأجرا أو مرتهنا وكل من له يد حافظة سوى المالك كالاب والوصى يقطع السارق بطلبه وعند زفر والشافعى لا يقطع بخصومة هؤلاء ما لم يحضر المالك (وتقطع) يد السارق (بطلب المالك) السرقة أيضا (لو سرق منهم) الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين اذ لا حق له فى المطالبة بالعين بدونه (لا بطلب المالك) أى لا تقطع يد السارق الثانى بطلب المالك (او) بطلب (السارق لو سرق من سارق بعد القطع) أى بعد قطع يد السارق الاول وانما قيد بقوله بعد القطع

منه بعد القطع لم يكن للسارق ولا للمالك ان يقطع السارق الثاني لان المال غير متقوم بعد القطع في حق الاول فلم تنعقد موجبة للقطع وليس للسارق الاول ولاية الاسترداد في رواية وفي رواية له ذلك ليرده على المالك عيني قال في الفتح والوجه ان القاضي لا يرده لواحد منهما الظهور خيانتهما بل الى المالك اذا كان حاضرا والا حفظه كما يحفظ أموال الغيب (قوله لانه لو لم تقطع يد الاول بقطع الثاني الى آخره) فيه قصور وعبارة العيني رحمه الله تعالى اذا سرق منه قبل ان تقطع يده يكون له ولرب المال القطع (قوله قبل الخصومة) قيد بالرد قبل الخصومة لانه لو رده بعدها سواء قضى القاضي بالقطع أولا فانه يقطع نهر (قوله وقبل الارتفاع الى الحاكم) لا حاجة اليه لان الخصومة لا تكون بدون الارتفاع حموي وأقول ذكره الشارح بيانا للمعنى المراد من الخصومة واشارة الى ان ما لم يكن منها بين يدي القاضي لا يعتبر على ان المراد ما هو أخص من مطلق المرافعة الا ترى الى ما ذكره في النهر حيث فسر الخصومة بقوله أي الدعوى والشهادة المترتبة عليها أو الاقرار انتهى يعني المترتب على الدعوى أحد الامرين اما الشهادة أو الاقرار (قوله أو ملكه بعد القضاء) لانقطاع الخصومة به وبقاؤها عند الاستيفاء شرط القطع بخلاف رده الى المالك فانه يؤكد الخصومة اذ لا يخاصم أحد ليملك وانما يخاصم ليسترد زيلعي (قوله بهبة أو بتسليم) كذا قالوا ولقائل ان يقول لا يشترط القبض لان الهبة تقطع الخصومة لانه ما كان يهب ليخاصم حموي عن الشرنبلالية (قوله أو ادعى انه ملكه) وان لم يثبت لان الشبهة دارئة للحد فتتحقق بمجرد الدعوى بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار نهر ولا يشترط ان يكون مثله ممن يملك ذلك كما لو سرق ما يختص بالملوك ونحوهم وادعى الملك وهو محل تأمل حموي (قوله أو نقصت قيمته عن النصاب) فرق بين نقصان القيمة من حيث السعر فانه يوجب سقوط القطع لكونه غير مضمون على السارق بخلاف نقصان العين كما اذا ذبحها بعد الاخراج من الحرز وقيمتها عشرة فنقصت بالذبح فانه يقطع لكونه مضمونا عليه فكمل النصاب بالضمان شيخنا (قوله وقال الشافعي لا يسقط بمجرد الدعوى) ما لم يقم بينة لانه لا يعجز عنه سارق ولنا ان الشبهة دارئة ولا معتبر بما قاله فان المقر اذا رجع صح وان كان لا يعجز عنه سارق زيلعي (قوله ثم قال أحدهما هو مالي) مثال والمراد ادعى شبهة مسقطة للحد نهر (قوله لم يقطعا) لان الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر نهر واعلم ان رجوعه وان صح بالنسبة لسقوط القطع عنه لكن لا ينافي لزوم ضمان المال قال في التنوير وشرحه وصح رجوعه عن اقراره بها وان ضمن المال وكذا لو رجع احدهم أو قال هو مالي أو شهدا على اقراره بها وهو يجحد أو سكت فلا قطع شرح وهبانية انتهى فقوله أو شهدا على اقراره بها وهو يجحد الخ صريح في ان البينة على الاقرار بالسرقة تقبل من حيث ضمان المال وان لم تقبل بالنسبة للقطع فما وقع في بعض العبارات كقاضيخان من ان البينة على الاقرار بالسرقة لا تقبل يعني من حيث القطع فقط (قوله قبل الامضاء) أي قبل استيفاء القطع ينظر حكم ما لو قطع أحدهما فقال الآخر هو مالي وظاهر تعليل المسئلة بأن الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر انه لا يقطع حموي (قوله قطع الآخر الحاضر) في قول أبي حنيفة الآخر لان سرقة الحاضر ثبتت بالحجة فلا يعتبر الموهوم لانه لو حضر وادعى كان شبهة واحتمال الدعوى شبهة الشبهة فلا يعتبر زيلعي ثم لو حضر الغائب لا يقطع الا ان تعاد تلك البينة عليه أو يثبت بينة أخرى وكذا لو أقر الحاضر بسرقة مع الغائب يقطع في قوله الآخر شرنبلالية عن الفتح واعلم ان ما سبق من التعليل يرد عليه ما سبق من انه لا يقطع عند غيبة المسروق منه يعني ولو كانت الغيبة بعد سبق الخصومة وعللوه باحتمال ان يحضر فيقر له بالملك مع ان احتمال اقراره له بالملك فرع احتمال حضوره (قوله ولو أقر عبد بسرقة قطع) لان اقراره بالحدود الخالصة صحيح نظرا الى آدميته ولا تهمة تعتريه ثم يتعدى الى المالية نهر وهذا اذا كان كبيرا وقت الاقرار فان كان صغيرا فلا قطع عليه ثم ان كان مأذونا يرد المال الى المالك ان كان قائما ويضمنه ان كان هالكا وان كان محجورا فان صدقه المولى

لانه لو لم تقطع يد الاول بقطع الثاني بخصومة الاول (ومن سرق شيئا ورده) السارق (قبل الخصومة) وقبل الارتفاع الى الحاكم (الى مالكه) أو ولده أو ذي رحم محرم له أو زوجه أو والده أو جده أو والدته أو جدته كما في عياله أو مكاتبه وان لم يكونوا في عياله (أو ملكه) أي ملك السارق المسروق (بعد القضاء) بالقطع أو ادعى انه ملكه بهبة أو بتسليم أو بشراء أو نقصت قيمته من النصاب) بعد القضاء قبل الاستيفاء (لم يقطع) في المسائل المذكورة كلها وعن أبي يوسف انه يقطع في المسئلة الاولى والثانية وهو قول زفر والشافعي يقطع في الثانية وقال زفر والشافعي يقطع في الرابعة أيضا وهو رواية عن محمد رحمه الله قوله أو ادعى أي اذا ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة لم يقطع مطلقا سواء أثبت بالبينة أم لا وقال الشافعي لا يسقط بمجرد الدعوى (ولو أقرا بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعا) مطلقا سواء ادعى قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء (ولو سرقا وغاب أحدهما وشهد) شاهدان (على سرقتهما قطع الآخر) الحاضر في قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما ولو قال سرقت أنا وفلان كذا وفلان ينكر يقطع المقر خلافا لابي يوسف (ولو أقر عبد بسرقة قطع

برد الى المسروق منه ان كان قائما وان كان هالكا فلا ضمان عليه ولا بعد العتق شرنبلالية عن ابن الضياء ومثله في البحر عن الفتح فما في النهر من انه اذا كان مأذونا لا ضمان عليه لو هلك سبق قلم والصواب الموافق لما في الشرنبلالية والبحر انه يضمن واذا علم الحكم في اقرار الكبير كان في الثبوت بالبينة معلوما بالاولى غير انه يشترط حضرة المولى عند اقامة البينة عندهما خلافا للثاني وأجمعوا على ان حضرته غير شرط في الاقرار نهر (قوله مطلقا) مأذونا أولا صدقه مولاه أو كذبه (قوله وترد السرقة الى المسروق منه) أشار بالرد الى بقائها فلو استهلكها لم يضمن ويقطع اتفاقا نهر (قوله قال أبو حنيفة تقطع يده والمال للمسروق منه) لان المال تابع للقطع (قوله وقال أبو يوسف والشافعي تقطع يده والمال للمولى) لان كلا من القاطع والمال أصل (قوله وقال محمد لا يقطع والمال للمولى) لان المال هو الاصل والقطع تبع وعن هذا قال في النهر وهذا الخلاف مبني على ان القطع أصل والمال تبع او كل منهما أصل أو المال فقط قال الامام بالاول والثاني بالثاني ومحمد بالثالث والكل روايات عن الامام (قوله ولا يصح اقراره في حق القطع) لان اقراره بالقطع يتضرر به المولى فلا يقبل اقراره عليه قلنا صحة اقراره من حيث انه آدمي ثم يتعدى الى المالية في ضمنه فيصح لانه لا تهمة فيه (قوله ولا يجتمع قطع وضمان) كالحد مع العقر زيلعي لقوله عليه الصلاة والسلام لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه وهذا لفظ الحديث درر وغيرها ورواه الكمال بعد قطع يمينه در وجه عدم اجتماعهما ان وجوب الضمان ينافي القطع لانه يتملكه بأداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فيتبين انه ورد على ملكه فينتفي القطع وما يؤدي الى انتفاء القطع المشروع فهو المنتفي لان انتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم قال في المبسوط سقوط الضمان مع القطع في الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى فيفتى بالضمان فيما روى عن محمد حموي بقي ان يقال يشكل على قولهم لا يجتمع قطع وضمان ما ذكره القهستاني معزيا للمضمرات حيث صرح بأن لا قطع بالسرقة من حمام سواء كان له حافظ أو لا قال وهذا اذا أخذ منه نهارا وأما اذا أخذه ليلا قطع وضمن الحمامي ان أمر بالحفظ اه بتصرف فقد جمع بين القطع والضمان ولهذا استشكل المسئلة بعض الافاضل بقوله ان كلمتهم متفقة على ان لا يجتمع قطع وضمان وتخصيص هذا واستثناؤه بأن المقطوع غير الضامن وكلاهما فيه اذا اتحد يحتاج الى نقل صريح ولم يصل اليه نظري فيما عندي من الكتب اه قلت وأيضا في قوله وأما اذا أخذه ليلا قطع اشكال اذ لا قطع الا بالاخذ من الحرز بأن لم يؤذن للناس بالدخول وقوله وضمن الحمامي ان أمر بالحفظ مشعر بوجود الاذن بالدخول فينبغي ان لا يقطع أيضا كما لو أخذ نهارا اذ المراد بالنهار وقت اذن للناس بالدخول فيه ثم ظهر لي ان قوله وضمن الحمامي الخ مرتبط بالمسئلة الاولى وهي ما لو أخذ نهارا فلا اشكال أصلا (قوله وترد العين لو قائما) وان باعها أو وهبها لبقائها على ملك مالكها درر ولهذا لا يحل له الانتفاع بها نهر (قوله سواء هلك) أو استهلك في الظاهر من الرواية لكنه يفتى بأداء قيمتها ديانة وسواء كان الاستهلاك قبل القطع أو بعده تنوير وشرحه وقوله في الظاهر من الرواية يعني رواية أبي يوسف عن الامام زيلعي قال وهو المشهور (قوله وسواء ذا مال أولا) يأتي ما يقابل هذا التعميم من تفصيل الامام مالك (قوله وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة انه يجب الضمان بالاستهلاك) اعلم ان اختلاف الروايتين في ان الاستهلاك هل يوجب الضمان أو لا انما هو في استهلاك السارق اما غيره بأن استهلك المسروق غير السارق ففيه تفصيل على ما ذكره في المجتبى ومحصله انه ان كان أجنبيا فلا ضمان عليه لاحد وان كان مشتريا من السارق فللمالك تضمينه فيحتاج الى الفرق بين الاجنبي والمشتري وفي السراج لو استهلكه غيره بعد القطع كان للمسروق منه ان يضمن المستهلك قيمته انتهى قال في النهر وهذا بالقواعد أليق وعليه فلا يحتاج الى الفرق وأقول ما في السراج ليس نصا في مخالفة المجتبى اذ مبنى المخالفة كون الغير في كلامه متناولا للاجنبي والمشتري وهذا وان كان هو الظاهر لكن يحتمل ان يراد به خصوص المشتري وعليه فلا يخالف ما في المجتبى حينئذ (قوله فان قال المالك أنا أضمنه لم يقطع عندنا) فانه يتضمن رجوعه عن دعوى

مطلقا (وترد السرقة الى المسروق منه) والمسئلة على وجوه لانه لا يخلو اما ان يكون مأذونا أو محجورا وكل فان كان مأذونا قائمة في يده أو هالكة ففي الفصول كلها يصح اقراره في حق القطع فتقطع يده ويرد المال على المسروق منه ان كان قائما وان كان هالكا لا ضمان عليه صدقه مولاه أو كذبه وان كان محجورا والمال هالك يقطع ولا يضمن كذبه مولاه أو صدقه وان كان قائما وصدقه مولاه يقطع عندهم ويرد المال على المسروق منه وان كذبه وقال المولى المال مالي قال أبو حنيفة تقطع يده والمال للمسروق منه وقال أبو يوسف والشافعي تقطع يده والمال للمولى وقال محمد لا تقطع والمال للمولى وقال زفر يصح اقراره بالمال ان كان مأذونا وان كان محجورا لا يصح اقراره في حق القطع ولا يصح اقراره بالمال مأذونا كان أو محجورا (ولا يجتمع قطع وضمان و) لكن (ترد العين لو) كان (قائما) أي لا يجتمعان مطلقا سواء هلك أو استهلك وسواء ذا مال أولا وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة انه يجب الضمان بالاستهلاك هذا اذا كان بعد القطع فان كان قبل القطع فان قال المالك أنا أضمنه لم يقطع عندنا وان قال أنا اختار القطع يقطع ولا يضمن عندنا

السرقة الى دعوى المال شرنبلالية عن الفتح (قوله وقال مالك ان كان السارق ذا مال يضمن فى الحال والالا) نظر الحموى فيه بين قلنا المضمون لا يختلف بين ان يكون موسرا أو معسرا وانما يؤثر الاعسار فى التأخير لاغير زيلعى وهو ظاهر فى عدم وجوب الضمان على المعسر أصلا عند الامام مالك لا حالا ولا مآلا وهو خلاف ما يظهر من تقييد الشارح بقوله فى الحال (قوله وعند الشافعى يجتمع مع الضمان) لانهما حقان اختلفا محلا وسببا لان محل القطع اليد ومستحقه هو الله تعالى وسببه الجناية على حق الله تعالى وهو ترك الانتهاء عما نهى عنه ومحل الضمان الذمة ومستحقه المسروق منه وسببه اثبات اليد على مال الغير على وجه العدوان فوجوب أحدهما لا يمنع وجوب الآخر كالدية مع الكفارة فى القتل خطأ وكالقيمة مع الجزاء فى قتل صيد مملوك فى الحرم وكايجاب القيمة مع الحد فى شرب خمر لذمى ولنا ما روى عن عبد الرحمن بن عوف انه عليه السلام قال لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه ولا نسلم ان هنا سببين بل هو سبب واحد وهو سرقة مال متقوم فلا يجب حقان مختلفان بسبب واحد كالقصاص مع الدية بخلاف ما استشهد به لان هناك سببين مختلفين لان ما يجب من الجزاء حقا لله لا تعلق له بكون المحل معصوما مملوكا الاترى انه لو قتل صيدا غير مملوك أو صيد نفسه أو شرب خمر نفسه أو قتل عبد نفسه تجب هذه الاجزية حقا لله تعالى وحق العبد فيه تعلق بالمحل بدلا عنه فتعدد الموجب لتعدد السبب فافترقا زيلعى واعلم انهم تكلموا فى الحديث من حيث اسناده لانه رواه المسور عن عبد الرحمن بن عوف والمسور لم يلقه قال العينى وهذا ان ثبت فهو صفة الارسال الخ يعنى والمرسل حجة والمسور كما ذكره الشيخ شاهين عن تهذيب الاسماء واللغات للنووى هو ابن مخرمة الطائى وهو بكسر الميم واسكان السين وفتح الواو وهو ابن عبد الرحمن القرشى وأمه عاتكة بنت عوف أخت عبد الرحمن بن عوف الخ (قوله بأن سرق من أشخاص) أو من شخص واحد مرات حموى (قوله والقطع للكل) علم القاضى أم لا نهر أى علم بتعدد السرقة منه ام لا لان مبنى الحدود على التداخل (قوله فى الدار الخ) فلو كان الشق بعد الاخراج قطع اتفاقا نهر يعنى وان لم تكن قيمته بعد الشق نصابا (قوله قطع) لان الشق سبب ضمان النقصان لا الملك للمسروق زيلعى (قول خلافا لابى يوسف) أى فى رواية عنه بحر لكن فى العينى وقال أبو يوسف لا يقطع لانه احدث فيه سبب الملك فصار شبهة انتهى (قوله اذا اختار تضمين النقصان الخ) وهذا الخيار يثبت ما لم يكن اتلافا واذا كان اتلافا فله تضمين جميع القيمة من غير خيار ويملك السارق الثوب ولا يقطع وحد الاتلاف ان ينقص أكثر من نصف القيمة عينى فلو قال المصنف قطع ما لم يكن اتلافا كان أولى بحر والحاصل ان التصحيح اختلف فى ضمان النقصان مع القطع ففى الفوائد الخبازية صحح عدم ضمان النقصان كيلا يجتمع القطع مع الضمان والكمال صحح الضمان تبعا لقاضيخان وغيره وهو الحق شرنبلالية (قوله لا يقطع اتفاقا) لان ملكه مستند الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة زيلعى (قوله فاحشا) تكلموا فى الفرق بين الفاحش واليسير فقيل ما يوجب نقصان ربع القيمة فصاعدا فهو فاحش وما دونه يسير وقيل ما لا يصلح الباقى لثوب فهو فاحش واليسير ما يصلح وقيل ما ينتقص به نصف القيمة فاحش ودونه يسير وما فوقه استهلاك والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شئ من المنفعة بل يتعيب به فقط عينى فان قلت فى تمييز الفاحش عن الاتلاف اشكال لانه يلتبس به على القول الاول وهو ما يوجب نقصان ربع القيمة فصاعدا اذ قوله فصاعدا يصدق بما لو انتقص به اكثر من نصف القيمة مع انه الاتلاف كما سبق قلت قيده فى الشرنبلالية بقوله ولا بد ان يكون معنى فصاعدا ما لم ينته الى ما به يصير اتلافا (قوله فذبحها الخ) لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه عينى ومعلوم انه يضمن قيمتها نهر (قوله ثم ذبحها يقطع الخ) وهذا النقصان نقصان عين بخلاف النقصان السابق بعد القضاء قبل الاستيفاء فانه نقصان سعر ولهذا أوجب سقوط القطع هناك لكون نقصان السعر غير مضمون على السارق اما هنا فلا يوجب سقوط القطع لكونه مضمونا

وقال مالك ان كان السارق ذا مال يضمن فى الحال والالا وعند الشافعى يجتمع مع الضمان (ولو قطع لبعض السرقات) بأن سرق من أشخاص أموالا فخاصمه واحد منهم وقطع فيه وجاء آخرون وادعت السرقة (لا يضمن شيئا) مطلقا سواء هلكت أو استهلكت والقطع للكل هذا عند أبى حنيفة وعندهما يضمن كله الا التى قطع فيها اذا كانت بقوله لبعض لانهم اذا حضروا وادعوا وقطعت يده بحضورهم لا يضمن شيئا بالاتفاق فى السرقات كلها (ولو شق ما سرق فى الدار) نصفين (ثم أخرجه) منها وهو يساوى عشرة دراهم بعد الشق (قطع) خلافا لابى يوسف وانما قيدنا بقوله وهو يساوى عشرة دراهم بعده لانه ان كان لا يساوى عشرة دراهم بعده لا يقطع اتفاقا واعلم ان هذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع اتفاقا وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا وان كان يسيرا يقطع اتفاقا (ولو سرق شاة فذبحها) فى الحرز (فأخرجها لا) يقطع وان كانت قيمتها مذبوحة عشرة وانما قيد بقوله فذبحها لانه لو أخرجها حية من الحرز وقيمتها عشرة ثم ذبحها يقطع

عليه

عليه شيخنا (قوله وان انتقصت قيمتها بالذبح) لان النصاب يكمل بالضمان كذا بخط شيخنا (قوله هذا عند أبى حنيفة الخ) والخلاف مبنى على انه لا ينقطع حق المغصوب منه بذلك عنده خلافا لهما قيد بالنقدين لان نحو النحاس لو جعله أوانى فان كانت تباع عددا فهى للسارق اتفاقا در وان وزنا فعلى الخلاف السابق (قوله وقالا لا سبيل للمسروق منه الخ) بناء على انه صنعة متقومة والحاصل ان وجوب الحد لا يشكل على قول الامام لانه لا يملكه واختلف على قولهما فقيل لا يجب لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيئا آخر فلم يملك عينه شرنبلالية (قوله فقطع) قيد بكون الصبغ قبل القطع بدليل فاء التعقيب لانه لو صبغه بعد القطع يرده لان الشركة بعد القطع لا تسقط القطع كذا فى شرح المختار وذكر فى الهداية ما يدل على انه لا فرق فى كون الصبغ قبل القطع او بعده ولفظ محمد يدل على ما فى الهداية زيلعى وبحر وطحن الحنطة ولت السويق كصبغ الثوب در (قوله لا يرد الثوب المصبوغ) حال قيامه ولا يضمن قيمته ابيض حال استهلاكه (قوله وعند محمد يؤخذ الخ) لان عين ماله قائم من كل وجه وهو أصل والصبغ تبع فكان اعتبار الاصل اولى كما فى الغاصب ولهما ان الصبغ قائم صورة ومعنى بدليل ان المسروق منه لو أخذ الثوب يضمن الصبغ وحق المالك قائم صورة لا معنى بدليل انه غير مضمون على السارق بخلاف الغصب لان حق كل واحد منهما قائم من وجه فرجحنا جانب الاصل دون التبع فان قيل اذا انقطع حق المالك وجب ان يملكه السارق من حين سرق فيمتنع القطع قلنا يجب القطع باعتبار الثوب الابيض وهو لم يملكه ابيض بوجه فصار كما لو سرق حنطة فطحنها فانه يقطع بالحنطة وان ملك الدقيق زيلعى (قوله يرد الى المالك) عندهما خلافا لابى يوسف اما وجه الرد عند أبى حنيفة فلان السواد نقصان وبالنقصان لا ينقطع حق المالك بخلاف الزيادة وعند محمد زيادة وبالزيادة لا ينقطع حق المالك عنده فيرد الثوب ويأخذ ما زاد الصبغ واما وجه عدم الرد عند أبى يوسف فلان السواد زيادة وبالزيادة ينقطع حق المالك عنده وهذا اختلاف عصر فان الناس ما كانوا يلبسون السواد فى زمن الامام حموى (قوله ولا يعطى شيأ) لكونه نقصانا عنده (قوله وعند محمد يأخذه ويعطيه الخ) لكونه زيادة عنده (قوله ما زاد الصبغ فيه) ما مصدرية أى زيادة صبغه (فرع) قال أنا سارق هذا الثوب بالاضافة يقطع وبدونها بان نون لفظ سارق لا يقطع ووجه الفرق كما فى النهر عن الفتح ان الاول للحال والثانى للاستقبال وتعقبه بقوله والظاهر ان يقال انه مع التنوين يحتمل الحال والاستقبال فلا يقطع بالشك لكن بقى ان هذا الاحتمال ثابت مع الاضافة فكان ينبغى ان لا يقطع أيضا فتدبره والجواب كما نقله شيخنا عن نوح افندى من ان اسم الفاعل اذا كان بمعنى الحال أو الاستقبال يعمل عمل فعله واذا كان بمعنى الماضى لا يعمل بل يجب اضافته الى مفعوله اضافة معنوية فاذا قال أنا سارق هذا الثوب بالاضافة كان اسم الفاعل بمعنى الماضى فكانه قال أنا سرقت هذا الثوب فهو اقرار بالسرقة فيقطع واذا قال أنا سارق هذا الثوب بالتنوين كان اسم الفاعل بمعنى الحال او الاستقبال فكانه قال أنا اسرق أو سوف اسرق هذا الثوب وهو وعدة فلا يقطع (خاتمة) سرق فى ولاية سلطان ليس لسلطان آخر قطعه اذ لا ولاية له على من ليس تحت يده در انتهى

(باب قطع الطريق)

وهو السرقة الكبرى وقدم الصغرى اما لكثرة وقوعها أو للترقى من الادنى الى الاعلى وفى الفتح أخره لانه ليس بسرقة مطلقة وسميت سرقة مجاز الضرب من الاختفاء وهو الاختفاء عن الامام ونوابه نهر وسميت كبرى لان الضرر فيها أعظم ولهذا اغلظ الحد فيها شرنبلالية (قوله أى قطع المارة عن الطريق) فهو من باب الحذف والايصال قال الحموى واشار بهذا التفسير الى ان فى الترجمة تجوز الاسناد للمحال

وان انتقصت قيمتها بالذبح (ولو صنع المسروق) بأن سرق ذهبا أو فضة فصنع (دراهم أو دنانير قطع وردها) على المسروق منه هذا عند أبى حنيفة وقالا لا سبيل للمسروق منه على الدراهم والدنانير وقيل عندهما لا يقطع (ولو) سرق ثوبا و(صبغه أحمر فقطع) يده (لا يرد) الثوب المصبوغ الى المالك (ولا يضمن) قيمته أبيض هذا عندهما وعند محمد يؤخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه (ولو صبغه (اسود يرد) الى المالك عندهما خلافا لابى يوسف لكن الفرق بينهما ان عند أبى حنيفة المسروق منه يأخذ الثوب ولا يعطى شيئا وعند محمد يأخذ ويعطيه ما زاد الصبغ فيه
(باب قطع الطريق)
أى قطع المارة عن الطريق

الى المحل والمارة جمع مار وجمع فاعل على فاعلة عزمى (قوله وشرطه ان تكون الجماعة الى آخره) اقتصر الشارح رحمه الله تعالى على ذكر هذا الشرط لان الفتوى على ما روى عن أبى يوسف من عدم اعتبار غيره من باقى الشروط المختصة به وهى ثلاثة فى ظاهر الرواية الاول ما ذكره الشارح والثانى ان لا يكون فى مصر ولا فيما بين القرى ولا بين مصرين والثالث ان يكون بينهم وبين المصر مسيرة سفر واما اشتراط النصاب والكون فى دار الاسلام فلا اختصاص به فسقط قول السيد الحموى ولا ادرى ما السر فى تخصيصه أى تخصيص الشارح الشرط الاول بالذكر دون باقى الشروط انتهى بقى ان قوله وشرطه ان تكون الجماعة الخ يشعر بان قطع الطريق لا يتحقق من الواحد وليس كذلك ويشترط لاجراء الحد على قطاع الطريق ان يكونوا أجانب من أصحاب الاموال وان يكونوا من أهل وجوب القطع وان يؤخذوا قبل التوبة فان اخذوا بعدها وبعد رد المال سقط عنهم الحد بلا خلاف نهر عن الدراية (قوله ذات منعة) بحيث لا يمكن المارة المقاومة معهم حموى عن البناية (قوله قاصد قطع الطريق) قيده فى الشرنبلالية والتنوير بان يكون معصوما بان يكون مسلما أو ذميا ومفاده انه لو قطع الطريق مستأمن لا يحد وبه صرح فى شرح النقاية معللا بانه لا يخاطب بالشرائع وحكى فى المحيط اختلاف المشايخ فى وجوب الحد على القطاع اذا كانوا مستأمنين حموى ودرر وظاهر اطلاقه ان المرأة كالرجل وكذا ما سيأتى من قوله أو كان بعض القطاع غير مكلف فيوافق ما فى النهر عن الفتح من انها كالرجل فى ظاهر الرواية لكن نقل عن الدراية انها لا تقطع وهو الاصح وفى الدر عن السراجية والدرر انه المختار وظاهر كلامهم يفيد انها لا تصلب بالاتفاق ودخل تحت الاطلاق العبد وبه صرح فى الشرنبلالية (قوله أى قبل قطع الطريق) يشير الى ان مرجع الضمير مذكور خلافا لما ذكر الزيلعى من ان الضمير يرجع لاخذ المال وقتل النفس بان لم يوجد منه الا مجرد اخافة الطريق حتى أخذ فالضمير راجع الى غير مذكور وتعقبه العينى بان هذا تعسف بل الضمير راجع الى قطع الطريق لكن انتصر فى النهر للزيلعى فقال وما ذكره العينى مدفوع بان الاخافة حال من احوال قطاع الطريق كما هو ظاهر الآية والمتن وعلى ما ادعاه العينى لا تكون الاخافة منه أصلا ولم يتنبه فى البحر الى هذا فمشى مع العينى وعين الزيلعى ابصر انتهى وجعل الحموى الضمير راجعا الى قطع الطريق بأخذ المال وقتل النفس بان وجد منه قطعها بالاخافة بقرينة قوله وان أخذ مالا الخ وبهذا التحقيق سقط ما ادعاه الزيلعى من ان الضمير راجع الى غير مذكور وما ادعاه العينى من ان الضمير راجع الى قطع الطريق مطلقا انتهى والذى يظهر ان ما ذكره العينى يستقيم ولا يرد عليه ان قطع الطريق يتحقق بمجرد الاخافة لانه لما لم تكن الاخافة مقصودة وانما المقصود قتل النفس وأخذ المال صح جعل الضمير راجعا لقطع الطريق نظرا الى ما هو المقصود من القطع وفى كلام المصنف ما يشير الى ذلك حيث قال أخذ قاصد قطع الطريق اذ مجرد الاخافة ليست من مقصوده والحاصل ان العينى لا ينازع فى ان قطع الطريق يتحقق بمجرد الاخافة خلافا لما وقع فى كلام بعضهم من نسبة ذلك اليه وكيف يتوهم ذلك مع ما صرح به العينى بعد قول المصنف والحجر كالسيف حيث صرح بان قطع الطريق يحصل بمجرد الاخافة (قوله حبس بعد ما عزر) صريح فى ان الحبس ليس بتعزير وقد تقدم انه تعزير حموى والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية والمراد توزيع انواع الاجزية على انواع الجنايات اذ العمل بالاطلاق يقتضى انه يجوز ان يترتب على اغلظها اخف الاجزية كما ذهب اليه الامام مالك فقال الامام مخير أى شئ شاء من هذه الاجزية فعل بكل واحد من الجنايات بناء على ان او فى الآية للتخيير كما فى كفارة اليمين وهذا مما تدفعه قواعد الشرع والعقل فوجب القول بتوزيع الاغلظ للاغلظ والاخف للاخف اذ ليس من الحكمة ان يسوى فى العقوبة مع التفاوت فى الجناية كيف وقد روى حين قطع اصحاب أبى بردة الطريق على من جاء يريد الاسلام ان جبريل نزل بالحد على هذا التقسيم من قتل واخذ المال صلب ومن قتل ولم يأخذ المال قتل ومن اخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن أخاف الطريق

وشرطه ان تكون الجماعة ذات منعة ولو (أخذ قاصد قطع الطريق قبله) أى قبل قطع الطريق (حبس) بعد ما عزر

ولم

ولم يأخذ المال نفى نوح افندى والمراد بالنفى الحبس كما ذكره الشارح وقال الشافعى المراد الطلب ليهربوا من كل موضع قال الزيلعى وهذا ليس بسديد لان دفع اذاه لا يحصل بذلك لانه يفسد فى موضع آخر وان اخرج بالتمنع من دار الاسلام كما هو مقتضى مذهب الامام احمد أيضا على ما ذكره العينى فقال وعند احمد يشرد ولا يترك فى بلد ياوى اليه ففيه تعريضه على الردة ولم يعهد ذلك فى الشرع فتعين الحبس لانا عهدناه عقوبة فى الشرع وفيه نفيه عن وجه الارض وهو ابلغ وجوه النفى فكان ادفع لشره واشد عقوبة على ارتكابه المنكر وهو الاخافة زيلعى وابو بردة ضبطه شيخنا بضم الباء (قوله حتى يتوب) بان تظهر عليه اماراتها التى لا تخفى (قوله مالا معصوما) وكان قدر نصاب ولو كان القطاع جماعة يشترط ان يصيب كل واحد قدر نصاب وترك التنبيه عليه اكتفاء بما مر فى السرقة (قوله من خلاف) نصب على الحال اى مختلفة نهر وجوز الحموى ان يكون التقدير أى قطعا من خلاف وتعيين اليمنى واليسرى بالاجماع لئلا يفوت نفعه حتى لو كانت يسراه شلاء لم تقطع يمينه وكذا لو كانت رجله اليمنى شلاء لم تقطع رجله اليسرى ولو كان مقطوع اليمين لم تقطع له يد وكذا الرجل اليسرى نهر ولم أر ما لو كانت يده اليمنى شلاء أو رجله اليسرى أو كلاهما وقياس ما سبق عن الصغرى يقتضى قطعهما لان استيفاء الناقص عند تعذر الكامل جائز كما سبق التعليل به وفى قول صاحب النهر ولو كان مقطوع اليمين لم تقطع له يد وكذا الرجل اليسرى اشارة اليه فما فى التنوير والدرر من التقييد بكونه صحيح الاطراف اما ان يراد بالاطراف هى التى غير مستحقة للقطع وهما يده اليسرى ورجله اليمنى لا كل الاطراف ويكون من قبيل اطلاق الجمع على ما فوق الواحد أو يراد بالصحيح ما يقابل المقطوع فقط دون الاشل فيتجه حينئذ ارادة كل الاطراف ثم بعد قطعه ان كان المال المأخوذ قائما يرد ولا ضمان فى الهالك وهذا اذا أخذوا قبل الرجوع فان رجعوا قبل ان يؤخذوا فلا قطع عليهم ويردون ما أخذوا وعليهم الضمان فى الهالك حموى عن البرجندى والمراد بالرجوع الرجوع عن قطع الطريق (قوله لا يحد) لان ماله ليس بمعصوم ولكن يضمن مال المستأمن لثبوت عصمة ماله حالا وان لم يكن على التأبيد ومحل عدم الحد بالقطع على المستأمن اذا كان منفردا اما اذا كان مع القافلة فانه يجب الحد على القطاع ولا يصير شبهة بخلاف اختلاط ذى الرحم بالقافلة شرنبلالية عن الفتح واستفيد منه ان ما ذكره الشارح من ان مال المستأمن ليس بمعصوم أى على جهة التأبيد فتحصل من كلامهم انه يشترط لاجراء الحد على قطاع الطريق ان يكون المال المأخوذ معصوما على وجه التأبيد (قوله وان قتل) أى نفسا معصومة بان كان المقتول مسلما او ذميا ولم يقيده به لانه اذا علم التقييد به فى المال ففى النفس أولى نهر فلو كان المقتول غير معصوم لا حد على القاطع لكن اذا كان مستأمنا تجب ديته عليه ولم ار من نبه على ذلك (قوله قاطع الطريق) الظاهر ان يقال قاصد قطع الطريق فانه الذى تقدم ذكره حموى واعلم انه لا يشترط فى القتل ان يكون موجبا للقصاص من مباشرة الكل والآلة لانه حق الله لوجوبه فى مقابلة الجناية على حقه بمحاربته زيلعى (قوله وان عفا الولى) تصريح بما فهم من قوله حدا نهر لان الحد حق الله تعالى ولا أثر لعفو العبد فى حق الله تعالى وليس للامام ايضا ان يعفو لقوله عليه السلام تعافوا الحدود فيما بينكم فاذا رفعت الى الامام فلا عفا الله عنه ان عفا حموى عن الغاية (قوله قطع وقتل) اى قطع جزاء على أخذ المال وقتل جزاء على القتل ومقتضى العطف انه لا يشترط تقديم القطع على القتل مع انه لا فائدة فى القطع بعد القتل حموى وصرح الزيلعى بان الامام لا يلزمه رعاية الترتيب فله ان يبدأ بالقتل قبل القطع لكن اذا اختار ذلك سقط القطع بعده لعدم فائدته كما لو جلد الزانى خمسين جلدة فمات فانه يترك الباقى لعدم الفائدة فى اقامته بعد الموت (قوله وصلب بعد القطع) احتراس عما يوهمه العطف بالواو حموى (قوله أو قتل أو صلب) بين بهذا ان الامام مخير بين ثلاثة احوال الاولى ان يجمع بين القطع والقتل والصلب والثانية القتل فقط والثالثة الصلب من غير قطع حموى وفى الدر عن الزيلعى الامام مخير بين ستة احوال ان شاء قطع من خلاف ثم قتل أو قطع ثم صلب أو فعل

(حتى يتوب وان أخذ مالا معصوما) بأن يكون مال مسلم أو ذمى (قطع يده ورجله من خلاف) كما مر بيانه وانما قيد بقوله معصوما لانه اذا أخذ مال الاحد الحربى سواء كان مستأمنا أو لا لا يحد (وان قتل) لان ماله ليس بمعصوم (وان قتل) قاطع الطريق ولم يأخذ مالا (قتل حدا) أى من جهة الحد لا القصاص خلافا للشافعى فان عنده من جهة القصاص (وان عفا الولى وان قتل وأخذ) المال ان شاء الامام (قطع) يده ورجله من خلاف (وقتل وصلب) بعد القطع (أو قتل) من غير قطع (أو صلب) من غير قطع

الثلاثة أوقتل وصلب اوقتل فقط اوصلب فقط انتهى وكيفية الصلب ان يغرز خشبة فى الارض ثم يربط عليها خشبة أخرى عرضا فيضع قدميه عليها ويربط من اعلاها خشبة أخرى ويربط عليها يديه شرنبلالية عن الجوهرة ثم قتل قطاع الطريق بالصلب والزانى المحصن بالرجم يستثنى من قوله عليه الصلاة والسلام ان الله كتب الاحسان على كل شئ فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة لان التشديد فيهما ورد من الشارع حموى عن شرح الحلبى (قوله وقالا يقتل أو يصلب الخ) ذكر أبي يوسف مع محمد هو المشهور (قوله ولا يقطع) لان القطع حد على حدة والقتل كذلك فلا يجمع بينهما بجناية واحدة ولانه اجتمع عليه العقوبة فى النفس ومادونها فيدخل مادون النفس فى النفس وللامام انه وجد الموجب لتناهى الجناية بتفويت الامن بأخذ المال وقتل النفس فتناهت العقوبة فهما حد واحد لاتحاد سببهما وهو قطع الطريق ولا تداخل فى حد واحد وانما التداخل فى الحدود ولا يلزم ان للامام ان يقتله أو يصلبه ويدع القطع لان ذلك ليس للتداخل بل لانه ليس عليه رعاية الترتيب فى اجزاء حد واحد فله ان يبدأ بالقتل فاذا قتله لا يفيد القطع بعده زيلعى (قوله يصلب حيا) هو الاصح در (قوله ثلاثة ايام) من موته در (قوله ويبعج) قال فى الجوهرة ثم يطعن بالرمح فى ثديه الايسر ويخضخض بطنه برمح الى ان يموت شرنبلالية وفى البناية يطعن فى لبته حتى يموت وبعج من باب فعل يفعل بالفتح فيهما يقال بعج الارض شقها حموى (قوله اى يشق) الصواب ان يفسر يبعج بيطعن مجازا بقرينة قوله برمح حموى (قوله حتى يموت) فان قلت فيه تناقض لانه قدره اولا بالمدة ثم غياها الى زمان الموت وبينهما تناف لاحتمال ان لا يموت فى هذه المدة قلت حتى هنا لا تنبئ عن الغاية بل عن السبب كقولك اسلمت حتى ادخل الجنة فبعج بطنه بالرمح سبب لموته ومعناه يبعج كى يموت فى هذه المدة ولا يبقى حيا حموى واقول هذا انما يتجه ان لو كان ابتداء المدة يعتبر من وقت الصلب وليس كذلك اذهى معتبرة من وقت الموت كما قدمناه عن الدرر وحينئذ فحتى على بابها للغاية وماذكره من التناقض غير مسلم (قوله وعن الطحاوى لا يصلب حيا) توقيا عن المثلة لانه عليه السلام نهى عن المثلة ولو بالكلب العقور والاول اصح زيلعى (قوله ثم يخلى بينه وبين اهله الخ) تحاميا عن الايذاء للناس بتغيره بعد الثلاثة نهر (قوله ويدفنوه) وتقدم انه لا يصلى عليه شيخنا (قوله ولم يضمن ما اخذ) لما بين ان قتله بمقابلة قتله النفس المعصومة وجرحها ربما توهم اخذ المال من تركته اذلم يقابل بشئ فبين انه لا يضمنه قال فى النهر وبهذا اندفع مافى البحر من ان الاولى ان يقال ولم يضمن مافعل لانه لا يضمن ماقتل وماجرح انتهى وأقول هذا لا يدفع الاولوية حموى (قوله حتى لو باشر القتل أحدهم حد الجميع) لو أبقى المتن على اطلاقه بان قال حتى لو باشر قطع الطريق أحدهم الخ لكان أولى ليشمل مالو كان قطع الطريق بغير القتل (قوله والعصا والحجر كالسيف) لان قطع الطريق يقع بالكل وهذه الجملة كالتى قبلها معلومة من قوله قتل حدا كما قدمناه وكان الاليق حذفها الا أنه اراد زيادة الايضاح نهر (قوله وبطل الجرح) أى بطل حكمه لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى واستوفى بقطع اليد والرجل سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال عينى (قوله وان جرح فقط الخ) اعلم أنه لا حد فى هذه الجناية فيظهر فيها حق العبد فيقتص منه مما فيه القصاص ويؤخذ الارش مما فيه الارش وذلك الى الاولياء هداية وفيه نظر لان ذلك للمجروح لا لوليه فان افضى الجرح الى القتل ينبغى أن يجب الحد ولما كان أخذ المال الموجب للحد هنا هو النصاب كان أخذ مادونه بمنزلة العدم فاذا اخذ مادون النصاب وجرح فهو داخل تحت قوله وان جرح فقط وكذا اذا أخذ ما لا يقطع فيه كالاشياء التى يتسارع اليها الفساد قال الزيلعى ولو كان مع هذا الاخذ قتل لا يجب الحد أيضا وهى طعن عيسى فانه قال القتل وحده يوجب الحد فكيف يمتنع مع الزيادة وجوابه ان قصدهم المال غالبا فينظر اليه لا غير بخلاف ما اذا اقتصروا على القتل لانه تبين ان مقصدهم القتل دون المال فيحدون فعدت هذه من الغرائب ومن أعجب المسائل من حيث ان ازدياد الجناية أورث الخفة بحر (قوله أو قتل فتاب) أى تاب قبل

اخذه

وقالا يقتل أو يصلب ولا يقطع ثم فى ظاهر الرواية هو مخير فى الصلب ان شاء فعله وان شاء تركه وعن أبى يوسف انه ليس للامام ان يدع الصلب (و) اذا أراد الصلب ففى ظاهر الرواية (يصلب حيا ثلاثة أيام ويبعج بطنه) أى يشق (برمح حتى يموت) وبه قال الكرخى وعن الطحاوى لا يصلب حيا بل يقتل ثم يصلب وعن أبى يوسف انه يترك على خشبة كذلك حتى يتقطع ويسقط والاصح انه يترك مصلوبا ثلاثة ايام ثم يخلى بينه وبين أهله ليتزلوه ويدفنوه (و) اذا قتل قاطع الطريق (لم يضمن ما أخذ) كما فى الصغرى ان هلك أو استهلك وبرد ان كان عنده (وغير المباشر كالمباشر) حتى لو باشر القتل أحدهم حد الجميع وعند الشافعى لا يحد الا المباشر (والعصا والحجر كالسيف) حتى لو قتل قاطع الطريق بالعصا والحجر فكأنه قتل بالسيف فيجرى الحد عليه بخلاف القصاص (ما لا) (وان أخذ) قاطع الطريق (المارة) (قطع) يده ورجله من خلاف (وبطل الجرح) فلم يؤخذ بالجرح (وان جرح فقط) أى لم يأخذ مالا ولم يقتل أحدا (أو قتل فتاب) عن قطع الطريق واختلفوا فى التوبة

أخذه زيلعى وان تاب بعد أخذه لا يسقط الحد حموى عن الاتقانى واذا علم الحكم فى القتل ففى أخذ المال بالاولى نهر وانما سقط عنه الحد بالتوبة قبل أخذه للاستثناء فى الآية صرفا للاستثناء الى ماقبله من الجمل لكونها من جنس واحد اذ الكل جزاء المحاربة بخلاف الاستثناء فى آية القذف لان الجملة التى تليه خلاف جنس الجمل المتقدمة اذ هى لا تصلح جزاء للقذف وانما هى اخبار عن حاله بانه متصف بالفسق فكانت فاصلة بينها وبين ماقبلها من الجمل فيعود الاستثناء اليها فقط فبطل ماعساه أن يقال ينبغى صرف الاستثناء لما يليه وهو قوله تعالى ولهم فى الآخرة عذاب عظيم فلا يقتضى سقوط الحد بالتوبة زيلعى (قوله قيل هو ترك قطع الطريق) واليه أشار فى الاصل أى اشار محمد فى الاصل الى أن التوبة تسقط الحد فى السرقة الكبرى للاستثناء ولا استثناء فى غيره وسائر الحدود لا تسقط بالتوبة عندنا حموى عن البناية (قوله وقيل هو الترك ورد المال) مقتضاه أن الترك بدون رد المال لا يوجب سقوط الحد مطلقا وليس كذلك ففى النهر عن السراج قالوا لو قطع الطريق وأخذ المال ثم ترك ذلك وأقام فى أهله زمانا درئ عنه الحد لانه لا يستوفى مع تقادم العهد قال وبه عرف أن مجرد الترك ليس توبة بل لابد وان يظهر عليه سيماتها التى لا تخفى انتهى وحينئذ ثمرة الاختلاف فى أن رد المال هل هو شرط التوبة أم لا انما تظهر فيما لو تاب بترك القطع ولم يرد المال حتى أخذ قبل تقادم العهد فعلى القول بان رد المال شرط يحد (قوله من المقطوع عليه) قال الغنيمى هل من للتبعيض أو للابتداء وانظر بماذا يتعلق حموى (قوله أو قطع بعض القافلة الخ) لان الجناية واحدة فالامتناع فى البعض يوجب الامتناع فى الباقين كالسارق يسرق متاع غيره وهو معه فى دار واحدة نهر لان الحرز واحد فصارت القافلة كبيت واحد زيلعى (قوله فاقاد الولى أو عفا) ظاهر سياق كلام المصنف ان الامر فيه موكول الى الولى حتى فى المسئلة الاولى وهى قوله وان جرح فقط وليس كذلك كما سبق التنبيه عليه وأشار الشارح بقوله فيما اذا قتل عمدا بحديدة الى مابه يزول الاشكال لكن سيأتى فى كلام الشارح ماينافى هذه الاشارة وهو قوله والامر فى قتل من قتل منهم أو جرح الى الاولياء (قوله صبى أو مجنون) والاخرس كالصبى خلافا لابى يوسف زيلعى (قوله سقط الحد عن الكل) لان هذه جناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وانه لا يثبت الحكم كالعامد والمخطئ اذا اشتركا فى القتل لا يجب القود زيلعى (قوله وقال أبو يوسف ان باشر الصبى أو المجنون الخ) الذى فى الزيلعى والعينى وعن أبى يوسف (قوله وعلى هذا السرقة الصغرى) أى على هذا الاختلاف (قوله أى اذا كان بعض القطاع ذا رحم الخ) لان الجناية متحدة فالامتناع فى حق البعض يوجب الامتناع فى حق الباقين بخلاف ما اذا كان فيهم مستأمن لان الامتناع فى حقه لخلل فى العصمة وذلك خاص به فيختص بالامتناع حتى اذا وقع القطع والاخذ على المستأمن خاصة لا يجب عليهم الحد وان وقع على غيره أو عليهما يجب زيلعى اما هنا فالامتناع لخلل فى الحرز والقافلة حرز واحد بحر (قوله سقط الحد عن الباقين مطلقا) أى سواء تولى الاخذ ذو الرحم أو غيره كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم وفيهم ذو رحم محرم أم لا لاشتراك وأخذوه منه أو منه ومن غيره شيخنا (قوله لم يلزمه حد قطاع الطريق) لان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك فى مثل هذه الاماكن لان الغوث يلحقهم ساعة فساعة فلا يمكنهم المكث فيه ولان السبب محاربة الله تعالى وهى انما تتحقق فى المفازة لان المسافر لا يلحقه الغوث فيها فيسير فى حفظ الله معتمدا عليه فمن تعرض له يكون محاربا لله تعالى وأما فى المصر وفى القريب من المصر فيلحقه الغوث زيلعى (قوله والامر فى قتل من قتل منهم أو جرح الى الاولياء) كذا فى الزيلعى تبعا للهداية وفيه ماسبق بيانه وقوله والامر فى قتل الخ أى الاولياء بالخيار ان شاؤا قتلوه ان كان القتل عمدا وأخذوا الدية أو عفوا نهر أى لهم القود فى العمد والارش فى غيره أو العفو فيهما تنوير وشرحه (قوله وعن أبى يوسف وهو قول الشافعى يلزمه حد قطاع الطريق) فى الاختيار وعليه الفتوى لمصلحة الناس وهى دفع شر المتغلبة المتلصصة درر وعينى وقال فى البحر

قيل هو ترك قطع الطريق وقيل هو الترك ورد المال الى المالك (أو كان بعض القطاع غير مكلف أو) كان بعض القطاع (ذا رحم محرم من المقطوع عليه أو قطع بعض القافلة على البعض أو قطع الطريق ليلا أو نهارا بمصر أو بين مصرين لم يحد) فى الصور المذكورة (فأقاد الولى) فيما اذا قتل عمدا بحديدة (أو عفا) ولى المقتول قوله غير مكلف أى ان كان من القطاع صبى او مجنون سقط الحد عن الكل مطلقا سواء باشر غير المكلف الاخذ أو القتل أو لا عند أبى حنيفة وزفر وقال أبو يوسف ان باشر الصبى أو المجنون الاخذ والقتل فلا حد على الباقين وان باشر العقلاء حد الباقون وعلى هذا السرقة الصغرى ان ولى الصبى والمجنون اخراج المتاع سقط عنهم وان ولى سواهما قطعوا الا الصبى والمجنون قوله ذا رحم محرم أى اذا كان بعض القطاع ذا رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين مطلقا وقال أبو بكر الرازى المسئلة محمولة على ما اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم وفى قطاع الطريق ذو رحم محرم من أحدهم اما اذا لم يكن المال مشتركا بينهم فان لم يأخذوا المال الا من ذى رحم محرم فكذلك وان أخذوا منه ومن غيره يحدون والصحيح انه يجرى على اطلاقه وانهم لا يحدون بكل حال قوله أو قطع الطريق ليلا أو نهارا بمصر أى اذا قطع الطريق فى المصر او بين المصرين أو قريتين ليلا أو نهارا لم يلزمه حد قطاع الطريق مطلقا استحسانا وأخذ برد المال وأدب وحبس والامر فى قتل من قتل منهم أو جرح الى الاولياء وعن أبى يوسف وهو قول الشافعى يلزمه حد قطاع الطريق قياسا

وعن أبى يوسف اعتبارا شرط الاول فقط فيتحقق فى المصر ليلا وعليه الفتوى لمصلحة الناس وكذا فى التنوير
(قوله وعنه أنه فى المصر الخ) وفى شرح البرجندى قال بعض المتأخرين انما أجاب أبو حنيفة بعدم اجراء حد
قطاع الطريق اذا وجد القطع فى المصر ونحوه بناء على ان الناس فى زمانه كانوا يحملون السلاح مع انفسهم
فى المصر والقرى فيندر قطع الطريق وأما فى زماننا فقد ترك الناس ذلك فيتحقق قطع الطريق فيهما
والفتوى على ذلك (قوله أى عصر حلقه) مقتضاه ان خنق يقرأ بالتخفيف من خنقه خنقا بكسر النون
كما فى الدراية ولا يقال بالسكون من حد دخل والخناق فاعله وهو المشهور على الالسنة خلافا لما فى
الغاية من أنه بالتشديد مستدلا لان التفعيل للتكثير لانه يلزم عليه أن يكون قوله غير مرة تأكيدا وهو خلاف
الاصل نهر ورأيت بخط شيخنا معزيا للدرر والعناية ان الخنق بكسر النون ولا يقال بالسكون مصدر
خنق يخنق انتهى وضبط الماضى منه بفتح النون والمضارع بضمها (قوله غير مرة) فيه استعمال لفظ
مرة مجرورا وهو لازم النصب حموى (قوله أى مرارا) أراد مرتين فصاعدا والقرينة على هذه الارادة
ما سيأتى من قوله لانه لو خنق رجلا مرة واحدة حتى قتله فالدية على عاقلته حيث اقتصر على قوله مرة
واحدة وبهذا التقرير تعلم ما فى كلام الدرر حيث فسر قول المصنف ومن تكرر الخنق منه فى المصر بقوله أى
خنق مرارا ذكره مسكين انتهى (قوله قتل به) دفعا لشره لانه ساع فى الارض بالفساد (قوله فالدية
على عاقلته عند أبى حنيفة) لانه كالقتل بالمثقل شيخنا وفى كلام الزيلعى والدرر اشارة الى أن الدية تجب
على العاقلة عند أبى حنيفة وان كانت الاشارة خفية ونقل السيد الحموى عن المفتاح التصريح بوجوبها
على العاقلة عند الامام ويخالفه ما فى الدرر حيث قال اذا خنق رجلا حتى قتله فعليه دية وسيأتى وجهه فى
الجنايات انتهى وأقول ما سيأتى فى الجنايات يشهد لما ذكره الشارح من وجوبها على العاقلة كالقتل
بالمثقل (قوله وأما عندهما الواجب هو القصاص) ولو قتله بالسم قيل يجب القصاص لانه يعمل عمل
النار والسكين ورجحه السمرقندى والساحر يقتل لسعيه فى الارض بالفساد وان تاب لا تقبل توبته لان
توبته لا تعرف وقال أبو الليث اذا تاب قبل الاخذ قبلت توبته وان بعده لا ويقتل وفى التجنيس يقتل الساحر
اذا أقر أو قامت عليه بينة حموى عن المفتاح (خاتمة) من السياسة ما يحكى عن أبى بكر الاعمش ان من
ادعى عليه سرقة فانكر فللامام اذا غلب على ظنه ان المال عنده ان يعاقبه كما لو رآه مع الفساق فى مجلس
الشراب أو مع السراق زيلعى وفى المحيط من المشايخ من قال يصح الاقرار بالسرقة مكرها وفى التجنيس ضرب
من ادعى عليه بالسرقة خلاف الشرع فلا يفتى به وما فى الزيلعى ينبغى أن يعول عليه فى زماننا لغلبة
الفساد كيف يؤتى للسارق ليلا بالبينة بل ولا بالنهار ويحمل ما فى التجنيس على زمانهم نهر واعتمده الشيخ
عبد الحى فافتى بجواز معاقبة المتهم وخالفه شيخنا وذكر أن حكاية الجواز سياسة انما كانت لحكام غلب
عليهم العدل ولم يجزه عصام مع انه أسبق من الاعمش ولا معنى لما فى النهر من رعاية غلبة فساق السراق
واهدار كون الجور اغلب واكثر فسادا فالمعول عليه ما فى التجنيس وفى الفواكه المختار وبه يفتى انه لا يجوز
لمدعى طلب غريمه من السلطان وحكام السياسة فقوله وبه يفتى أى لا بغيره وفى التنوير ولا يفتى بعقوبته
وكذا فى القهستانى معزيا للواقعات معللا بما فى التجنيس من أنه خلاف الشرع ومثله فى السراجية فهذه
نصوص من تأخر عن التجنيس فهى رد للحمل الذى ذكره فى النهر فان أفتى حاكم السياسة بجواز معاقبة
من لا يعرف بمجالسة الفساق فى مجلس الشراب والمشى مع السراق بل بالضعف حسا ومعنى لا سند له
أصلا لان ميل صاحب النهر الى تلك الحكاية السياسية ليس مطلقا كما علمت وانما هو مقيد كما ترى والمقيد
ينعدم بانعدام قيده وكيف يصح اعتبار هذا الزمن بزمن صاحب النهر انتهى (تتمة) ابو بكر الاعمش
أخذ عن أبى بكر الاسكاف عن محمد بن سلمة عن سليمان الجوزجانى عن محمد بن الحسن عن ابى حنيفة
وأخذ عن الاعمش أبو جعفر الهندوانى شيخنا (تكميل) يثبت قطع الطريق بالاقرار مرة واحدة وشرط أبو
يوسف التكرار ويقبل رجوعه عنه وبشهادة رجلين على معاينة القطع أو الاقرار به نهر ونظر فيه شيخنا

وعنه انه فى المصر وفيما بين القرى
ان قطعوا بالسلاح حدوا وان قطعوا
بحجر اوخشب نهارا لا وان كان ليلا
حدوا (ومن خنق) أى عصر حلقه
(فى المصر غير مرة) واحدة أى مرارا
(قتل) الخانق (به) سياسة وانما قيد
بقوله غير مرة لانه لو خنق رجلا مرة
واحدة حتى قتله فالدية على عاقلته
عند أبى حنيفة واما عندهما الواجب
هو القصاص ولما كان المقصد من
الحدود اخلاء العالم عن المعاصى ومن
الجهاد اخلاءه عن رأس المعاصى
أورد السير عقب الحدود فقال

بانه اذا قبل رجوعه من الاقرار كيف تقبل البينة على الاقرار وهو ينكره انتهى ولو شهد احدهما
على المعاينة والآخر على الاقرار لم تقبل ولا تقبل الشهادة بالقطع على أصل الشاهد وان علا وفرعه
وان سفل ويجوز للانسان ان يقاتل دون ماله وان لم يبلغ نصابا ويقاتل من يقاتله عليه لخبر من قتل دون
ماله فهو شهيد

(كتاب السير)

(قوله جمع سيرة بوزن سدرة) وهى طريقة النبى عليه السلام فى مغازيه جمع المغزاة من غزوت العدو
قصدته للقتال غزوا وسبب الجهاد عندنا كونهم حربا علينا وعند الشافعى كفرهم بحر والمغزاة ضبطه شيخنا
بفتح الميم وغزوات النبى صلى الله عليه وسلم بعد الهجرة ثمان فغزوة بدر فى الثانية من الهجرة وغزوة أحد
فى الثالثة وذات الرقاع فى الرابعة والخندق فى الخامسة وغزوة بنى النضير فى السادسة وخيبر فى
السابعة وفتح مكة فى الثامنة وتبوك فى التاسعة شيخنا عن القونوى (قوله وهى الحالة من السير) هذا
معنى السيرة فى اللغة وأما معناها فى اصطلاح الفقهاء والمحدثين فهو ما سبق من قوله وهى طريقة النبى عليه
الصلاة والسلام فى مغازيه حموى وقال صاحب الاختيار السيرة الطريقة خيرا كانت أو شرا ومنه سيرة
العمرين أى طريقتهما ويقال فلان محمود السيرة وفلان مذموم السيرة يعنى الطريقة نوح أفندى (قوله
ثم غلبت الخ) وسبب ذلك كونها تستلزم السير وقطع المسافة وعبر بعضهم بالجهاد وهو أيضا أعم غلب
فى عرفهم على جهاد الكفار نهر (قوله وانما سمى بها هذا الكتاب الخ) عبارة الاختيار على ما ذكره
نوح أفندى وسمى هذا الكتاب بذلك لانه يجمع سيرة النبى عليه الصلاة والسلام وطريقته فى مغازيه وسيرة
اصحابه وما نقل عنهم فى ذلك انتهى (قوله وان كانوا جاهلين) ينظر أى داع لذكر هذه الجملة المصدرة
بان الوصلية حموى (قوله فرض كفاية) أما كونه فرضا فلقوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم
واعترض بانه خص منه الذمى والمستأمن فجاز ان يخص منه الاسير قياسا وأجيب بانه يجوز أن يكون
بالنسبة للفاعل قطعيا وبالنسبة للمفعول ظنيا لما دخله من التخصيص ورده فى النهر بان العام اذا دخله
الخصوص سواء كان فاعلا أو مفعولا لا يخرج من أن يكون قطعيا فلا تثبت به الفرضية فالاعتراض باق
وأما كونه على الكفاية فلانه مفروض لغيره لانه لم يشرع لعينه اذ هو قتل وافساد فى نفسه وانما شرع
لاعلاء كلمة الله تعالى واعزاز دينه زيلعى وكل ما هو كذلك فهو فرض كفاية اذا حصل المقصود بالبعض
وهذا القيد لا بد منه نهر لئلا ينتقض بالنفير العام فانه معه مفروض لغيره مع أنه فرض عين لعدم
حصول المقصود بالبعض وظن بعض المشايخ من جواز القعود اذا لم يكن النفير عاما أنه تطوع فى هذه الحالة
واكثرهم على أنه فرض كفاية وهو الصحيح انتهى (قوله ابتداء) وان لم يبدؤنا وأما قوله تعالى فان
قاتلوكم فاقتلوهم وتحريمه فى الاشهر الحرم فمنسوخ بالعمومات كاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم درر وكان
عليه السلام فى الابتداء مأمورا بالصلح والاعراض عن المشركين كما قال تعالى فاصفح الصفح الجميل وقال
تعالى واعرض عن المشركين ثم أمر بالدعاء الى الدين والموعظة والمجادلة الحسنة قال تعالى ادع الى سبيل
ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتى هى أحسن ثم أمر بالقتال اذا كانت البداءة منهم بقوله تعالى
أذن للذين يقاتلون بانهم ظلموا أى اذن لهم فى الدفع ثم أمر بالقتال ابتداء فى بعض الازمان بقوله تعالى
فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ثم أمر بالبداءة بالقتال مطلقا فى الازمان كلها
وفى الاماكن باسرها بقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة وقد حاصر عليه الصلاة والسلام الطائف
لعشر بقين من ذى الحرم والمحاصرة نوع من القتال فهذا يدل على أن تحريم القتال فى الاشهر الحرم منسوخ
زيلعى وقوله بالحكمة قال البيضاوى بالمقالة المحكمة وهو الدليل الموضح للحق المزيح للشبهة والموعظة

(كتاب السير)
هى جمع سيرة وهى الحالة من السير
كالجلسة والركبة للجلوس والركوب
ثم نقلت الى معنى الطريقة والمذهب
ثم غلبت فى لسان الشرع على أمور
المغازى وانما سمى بها هذا الكتاب
لانه يبين فيه سير المسلمين فى المعاملة مع
الكافرين من أهل الحرب ومع أهل
العهد منهم من أهل الذمة والمستأمنين
ومع المرتدين الذين هم أخبث الكفار
بالانكار بعد الاقرار ومع أهل البغى
الذين حالهم دون حال المشركين
وان كانوا جاهلين (الجهاد فرض كفاية
ابتداء)

الحسنة الخطابات المقنعة والاولى لدعوة خواص الامة والثانية لدعوة عوامهم وجادلهم أى وجادل معانديهم بالتى هى أحسن بالطريق التى هى أحسن طرق المجادلة من الرفق واللين (قوله أى من غيران يهجم الكفار) هجم يهجم من باب قعد كما فى المصباح والهجوم الدخول بغتة (قوله هو بذل الطاقة الخ) نقل الحموى عن ايضاح الاصلاح أنه عرفه بانه بذل الوسع فى القتال فى سبيل الله تعالى مباشرة أو معاونة بمال أو رأى أو تكثير سواد الخ ومن توابعه الرباط وهو الاقامة فى مكان ليس وراءه اسلام هو المختار وصح ان صلاة المرابط بخمسمائة ودرهمه بسبعمائة وان مات فيه أجرى عليه عمله ورزقه وامن الفتان وبعث شهيدا آمنا من الفزع الاكبر در عن الفتح (قوله فان قام به بعض) ولو عبيدا أو نساء نهر (قوله والا أثموا) أى ان لم يقم به البعض اثم الكل وانما جمع الضمير نظرا الى المعنى حموى عن القراحصارى (قوله أى كل الناس) أراد المكلفين منهم بدليل قوله ولا يجب على صبى الخ قال فى النهر عن الحواشى السعدية لا ينبغى أن يفهم من هذا أن الوجوب على جميع أهل الارض كافة حتى يسقط عن أهل الهند بقتل أهل الروم اذ لا يندفع بقتالهم الشر عن الهنود المسلمين الخ بل يفرض على الاقرب فالاقرب من العدو الى أن تقع الكفاية فلو لم تقع الا بكل الناس فرض عينا كصلاة وصوم ومثله الجنازة والتجهيز در (قوله والجملة الشرطية وقعت تفسيرا) فتكون الفاء الداخلة على الجملة الشرطية بمعنى أى التفسيرية حموى (قوله ولا يجب على صبى) والمجنون والمعتوه كالصبى وفى الذخيرة للاب أن يأذن المراهق بالقتال وان خاف عليه القتل وشرط السغدى لجواز الاذن عدم خوف القتل ولو كان للابن أبوان كان لهما منعه اذا دخل عليهما بسفره مشقة فان أذن احدهما دون الآخر لا ينبغى له الخروج ولهذا لما أراد العباس بن مرداس الجهاد قال عليه السلام الزم أمك فان الجنة عند رجل أمك در عن السراج وفيه لا يحل سفر فيه خطر الا باذنهما الخ والجد أبو الاب والجدة أم الام يقومان مقامهما ولو كانا كافرين أو احدهما يتحرى فان وقع تحريه على أن منعه للخوف عليه لا يخرج وان كان لاجل قتال الكفار خرج وان شك لا ينبغى أن يخرج وما سوى الاصول فان خشى عليهم الضياع لم يخرج بغير اذنهم وكذا امرأته وفى سفر الحج والتجارة يخرج بدون اذنهما الا اذا احتاجا اليه فى سفر التجارة ويلحق بالسفر للحج والتجارة السفر لطلب العلم بزازية وفى التتارخانية العالم الذى ليس فى البلد افقه منه ليس له الغزو (قوله وامرأة وعبد) لحق المولى والزوج ومفاده وجوبه لو أمرها الزوج به فتح وعلى غير المزوجة نهر قلت تعليل الشمنى بضعف بنيتها يفيد خلافه وفى البحر انما يلزمها امتثال أمره فيما يرجع للنكاح وتوابعه در والحاصل ان التعليل بتقديم حق الزوج والمولى ظاهر بالنسبة للعبد دون المرأة فان المرأة لا يفترض عليها الجهاد يعنى مطلقا وان أمرها الزوج به أو لم يكن لها زوج لعجزها عن الجهاد صرح به فى الهداية فى فصل قسمة الغنيمة حيث علل عدم الرضخ للمرأة والصبى بعجزهما عن الجهاد ثم قال ولهذا أى لعجزهما عن الجهاد لم يلحقهما فرضه أى فرض الجهاد ثم علل عدم الرضخ للعبد بانه لا يمكنه المولى من الجهاد وان له منعه أى عن الجهاد حموى فما فى النهر والظاهر ان التى لا زوج لها يفترض عليها كفاية ليس بظاهر وكذا المديون ليس له السفر بغير اذن غريمه بل وكفيله أيضا ولو بالنفس لو كانت الكفالة بأمره وهذا فى الحال اما المؤجل فله الخروج ان علم رجوعه قبل حلوله تنوير وشرحه (قوله ومقعد) فى الفتح عن ديوان الادب انه الاعرج (قوله واقطع) قال فى الصحاح الاقطع المقطوع اليد والجمع قطعان مثل اسود وسودان (قوله بناء على ان الجهاد) يشير الى ان المنفى محاربتهم دون تكثير سواد المسلمين كذا ذكره شيخنا فأشار الى ان المنفى خروجهم للقتال فلا ينافى وجوبه لتكثير السواد عند الاحتياج اليه (قوله وفرض عين ان هجم العدو) مقتضاه الافتراض على كافة الناس سواء فيه أهل محل هجمه العدو وغيرهم وهو صريح ما فى المنية ويخالفه ما فى النهاية من تخصيصه بمن قرب منه حموى ولا بد من الاستطاعة فلا يخرج المريض المدنف اما من يقدر على الخروج دون الدفع ينبغى ان يخرج لتكثير السواد لان فيه ارهابا فتح وفى السراجية وشرط لوجوبه

القدرة على السلاح لا امن الطريق فان علم انه ان حارب قتل وان لم يحارب اسر لم يلزمه القتال در (قوله وصار النفير عاما) فى النهاية عن الذخيرة اذا جاء النفير انما يصير فرض عين على من يقرب من العدو وهم يقدرون على الجهاد فان كان الذين هم بقرب العدو عاجزين عن مقاومة العدو أو قادرين الا انهم لا يجاهدون لكسل بهم أو تهاون افترض على من يليهم فرض عين ثم من يليهم كذلك حتى يفترض على هذا التدريج على المسلمين كلهم شرقا وغربا وعلى هذا التفصيل صلاة الجنازة وتجهيزها زيلعى قال فى النهر عن الفتح وكان معناه اذا دام الحرب حتى وصل الخبر لمن بعدهم والا فهو تكليف بما لا يطاق بخلاف انقاذ الاسير اذ وجوبه على الكل من أهل المشرق والمغرب ممن علم ويجب ان لا يأثم من عزم على الخروج وقعوده لعدم خروج الناس وتكاسلهم أو قعود السلطان أو منعه انتهى ويقبل خبر المستنفر ومنادى السلطان ولو فاسقا لانه خبر يشتهر فى الحال تنوير وشرحه (قوله ان هجم العدو) كافرا كان أو باغيا حموى عن المفتاح (قوله فيجب على جميع الناس الدفع) ظاهره انه يجب على كل من سمع الخبر وكان مستطيعا كما سبق عن المنية وعلى ما سبق عن النهاية يراد بجميع الناس من يقرب بهم (قوله فتخرج المرأة والعبد الخ) متفرع على كون الجهاد فرض عين على كل الناس اذا هجم العدو وقال السيد الحموى وينبغى ان يقيد الوجوب فى المرأة على ما فيه بما اذا كان لها محرم يذهب معها للجهاد بدليل اشتراط المحرم لها فى الحج وهو فرض عين (قوله بلا اذن زوجها وسيده) لان حقهما لا يظهر فى فروض الاعيان وكذا المديون والولد يخرجان بلا اذن رب الدين والوالد نهر ويأثم الزوج ونحوه بالمنع در (قوله فيه لف ونشر) اى مرتب حموى (قوله وكره الجعل) لانه يشبه الاجر على الطاعة فحقيقته حرام فيكره ما اشبهه زيلعى وهذا التعليل يوجب ثبوت الكراهة على الامام بخصوصه وما فى الهداية حيث علل بقوله لانه يشبه الاجر ولا ضرورة اليه يوجب ثبوتها على الامام وعلى الآخذ نوح افندى بتصرف (قوله ان وجد فئ) الفئ المأخوذ بلا قتال كالخراج والجزية اما المأخوذ بالقتال غنيمة نهر (قوله والالا) اى وان لم يوجد فى مال بيت المال فئ لا يكره لان الحاجة الى الجهاد ماسة وفيه تحمل الضرر الادنى لدفع الاعلى وقد أخذ النبى صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان عند الحاجة بغير رضاه وعمر كان يغزى العزب عن ذى الحليلة ويعطى الشاخص فرس القاعد وقيل يكره أيضا لما بينا والصحيح الاول زيلعى يقال اغزى الامير الجيش اذا بعثه الى العدو ويقال رجل عزب بالتحريك لمن لا زوج له وجاء فى الحديث وهو شاب اعزب والشخوص الذهاب من بلد الى بلد عناية (قوله فلا بأس الخ) كلام الشارح مباين لكلام المصنف لانه صريح فى عدم الكراهة ولا بأس تقتضى الكراهة لانها تستعمل لما تركه أولى من فعله الا ان يحمل قول المصنف وكره على كراهة التحريم حموى بقى ان يقال ظاهر كلام المصنف ان الجعل لا يكره وان وجد فى بيت المال غنيمة حيث لم يكن فيه فئ وهو خلاف ظاهر ما فى النهر عن الذخيرة فالكراهة انما تنتفى على ما فى الذخيرة اذا لم يكن فى بيت المال مال اعم من ان يكون فيئا أو غنيمة ولهذا ذكر فى الشرنبلالية ان المراد وجود مال بيت المال سواء كان أصله من الفئ أو من غيره كالاموال الضائعة انتهى لكن نظر فيه الحموى بان المال الضائع ومال الغنيمة لا يصرفان للمقاتلة انتهى فعلى هذا تقييد المصنف بالفئ للاحتراز عن الغنيمة (قوله الجعل) بضم الجيم عينى (قوله والمراد به ههنا ان يضرب الامام الجعل على الناس الخ) أى بلا طيب انفسهم نوح افندى فلو بطيب انفسهم لم يكره (قوله فان حاصرناهم) أى ضيقنا عليهم واحطنا بهم (قوله ندعوهم الى الاسلام) لما روى عن ابن عباس انه قال ما قاتل عليه السلام قوما قط الا دعاهم الى الاسلام زيلعى (قوله ثم المراد) اشار به الى ان جواب الشرط محذوف من كلام المصنف حموى وانما لا يتعرض لهم بعد الاسلام لقوله عليه السلام أمرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا منى دماءهم واموالهم الا بحقها ولا بد من ان يؤمنوا به عليه السلام وانما اكتفى بكلمة التوحيد لانهم كانوا يعتقدون الشرك فاذا وحدوا علم انهم آمنوا بمحمد عليه السلام لانهم لم

يعرفوا ذلك الامنه عليه السلام زيلعى اما اليهود والنصارى فلم يقروا برسالته عليه السلام ويتبرؤا من دينهم لا يحكم باسلامهم لانهم يقولون ان محمدا عليه السلام رسول الله الى العرب دوننا حموى عن البناية (قوله فلهم ما لنا الخ) لقول على انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا ومراده بالبذل القبول وكذا بالاعطاء المذكور فى الآية لان العصمة تحصل لهم قبل ادائها بمجرد القبول زيلعى وقوله لهم ما لنا وعليهم ما علينا أى يجب لهم علينا ويجب لنا عليهم اذا تعرضنا لدمائهم وأموالهم أو تعرضوا لدمائنا وأموالنا ما يجب لبعضنا على بعض عند التعرض فاما قبل قبول الجزية كانت تعرض لدمائهم وأموالهم وهم كذلك فقبول الجزية ليس الا زوال هذا التعرض وليس المراد انه يجب عليهم من العبادات وغيرها ما يجب علينا حموى عن البرجندى (قوله وعليهم ما علينا) من الانتصاف تخرج العبادات اذ لا يخاطبون بها عندنا اما الحدود والقصاص فيؤاخذ الذمى بها الا حد شرب الخمر واعلم ان عدم خطابهم بالعبادات واضح على ما ذهب اليه مشايخ ما وراء النهر وهو الصحيح خلافا لما عليه مشايخ العراق من انهم مخاطبون بها بمعنى انهم يعاقبون فى الآخرة بتركهم العبادات زيادة على عقوبة الكفر (قوله ولا نقاتل من لم تبلغه الدعوة) لما روينا ولانهم بالدعوة يعلمون انا نقاتلهم على الدين لا على سبى الذرارى وسلب الاموال ولعلهم يجيبون فيحصل المقصود بلا قتال ومن قاتلهم قبل الدعوة يأثم للنهى عنه ولا يغرم لانهم غير معصومين خلافا للشافعى زيلعى اطلق الدعوة فشمل الحقيقية والحكمية وهى انتشار الدعوة شرقا وغربا فاقيم ظهورها مقامها قال فى السير الكبير واذا لقى المسلمون من المشركين قوما لم يبلغهم الاسلام حقيقة ولا حكما فلا ينبغى لهم ان يقاتلوهم حتى يدعوهم الى الاسلام وفى الفتح ولا شك ان فى بلاد الله تعالى من لا شعور له بهذا واذا بلغهم الاسلام فلا ينبغى لهم ان يقاتلوهم حتى يدعوهم الى الجزية بحر والدعوة بفتح الدال وكذا فى الدعوة الى الطعام وفى النسب بكسر الدال كذا لكافة العرب الا عدى الرباب فانهم يكسرون دعوة الطعام ويفتحون فى النسب وقيل الفتح فى الطعام والضم فى الحرب والكسر فى النسب عينى (قوله وندعو ندبا من بلغته) مبالغة فى الانذار ولا يجب ذلك لانه عليه الصلاة والسلام اغار على بنى المصطلق وهم غارون وعهد الى اسامة ان يغير على ابنى صباحا والغارة لا تكون بدعوى وابنى بوزن حبلى موضع بالشام اطلق الاستحباب وهو مقيد بان لا يتضمن ضررا بان يعلم انهم بالدعوة يستعدون أو يحتالون أو يتحصنون وغلبة الظن كالعلم بحر عن الفتح وقوله وقد اغار على بنى المصطلق أى أخرجهم من خبائهم بهجومه عليهم وهم غارون أى غافلون شيخنا عن العناية ونقل عن شرح مسلم للنووى ان غارون بالغين المعجمة وتشديد الراء انتهى (قوله نطلب العون من الله تعالى) لانه الناصر لاوليائه والمدمر على اعدائه فيستعان به فى كل الامور (قوله ونحاربهم بنصب المجانيق) لانه عليه الصلاة والسلام نصبها على الطائف نهر (قوله جمع منجنيق) بفتح الميم واسكان النون وفتح الجيم ثم كسر النون ثم اسكان الياء ذكره فى ديوان الادب وقال النووى فى التحرير المنجنيق مؤنثة فارسية معربة والميم مفتوحة عند الاكثر وقال فى العباب يذكر وتأنيثها أحسن والجمع منجنيقات ومجانيق ومجانق وقال ابن الاثير الميم والنون الاولى زائدتان فى قول لقولهم جنق يجنق اذا رمى وقيل الميم أصلية لجمعه على مجانيق وقيل هو أعجمى معرب حموى عن شرح ابن الحلبى (قوله وحرقهم) واذا جاز حرق ذواتهم فأمتعتهم ودورهم بالاولى نهر خلافا لما يظهر من قول العينى اى حرق دورهم وأمتعتهم مع ان العينى صرح فى باب البغاة قبيل قول المصنف وكره بيع السلاح من أهل الفتنة بانهم يقاتلون ولو بارسال النار اليهم (قوله وقطع اشجارهم) وافساد زروعهم الا اذا غلب على الظن ظفرنا بهم فيكره درعن الفتح وأطلق فى قطع الاشجار فعم المثمرة وبه صرح فى الدرر والبحر لانه عليه السلام أحرق نخل بنى النضير وقطعه وهى البويرة نهر والبويرة على وزن دويرة مصغر الدار عناية (قوله وان تترسوا ببعضنا) لان الامر بالقتال مطلق ولو كان الغير مانعا لانسد اذ قلما تخلو مدينة أو حصن عن أسير مسلم فصار كرميهم مع العلم

(ولهم ما لنا) من عصمة دمائهم وأموالهم (وعليهم) أى يلزم عليهم (ما) يلزم (علينا ولا نقاتل من لم تبلغه الدعوة) الى الاسلام وندعو الى الاسلام (ندبا) أى من جهة الندب (من بلغته الدعوة) (والا نستعين بالله سبحانه وتعالى) أى وان لم يقبلوا الجزية نطلب العون من الله سبحانه وتعالى (ونحاربهم بنصب المجانيق) جمع منجنيق وهو الذى ترمى به الاحجار (وحرقهم وغرقهم) الغرق بفتحتين مصدر غرق فى الماء اذا غار فيه من باب لبس فهو غرق وغريق وهم غرقى (وقطع اشجارهم وافساد زروعهم ورميهم وان تترسوا ببعضنا) أى نرمى السهام اليهم وان اتخذوا بعضنا بمنزلة الترس

بوجود

بوجود أولادهم ونسائهم فانه يجوز اجماعا ولان فيه دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام باثبات الضرر الخاص وهو واجب نهر وقوله بالذب عن بيضة الاسلام أى مجتمعه للشبه المعنوى بينها وبين بيضة النعامة وغيرها لان البيضة مجتمع الولد عناية وان تترسوا بنبى قال أبو الليث سئل ذلك النبى وقال محمد لو فتح الامام بلدة وعلم ان فيها مسلما اوذميا لا يحل قتل أحد منهم الا اذا خرج واحد فانه حينئذ يحل قتل الباقى لجواز كون الذى خرج هو ذاك وهذا مؤيد لما بحثه فى النهر من ان جواز رميهم فيما اذا تترسوا ببعض المسلمين مقيد بما اذا لم يكن طريقا الى قتل المسلم غالبا (قوله ولكن نقصدهم) لان قصد قتل المسلم حرام وما أصابوه من المسلمين لا دية فيه ولا كفارة لان الفروض لا تقترن بالغرامات ولا يرد المضطر حالة المخمصة لان المذهب انه لا يجب الاكل بل له تركه أخذا بالعزيمة فصار كالمباح مقيدا بشرط السلامة كذا فى النهر وقوله ولا يرد المضطر حالة المخمصة الخ مخالف لما صرحوا به فى كتاب الاكراه حيث جزموا بانه يأثم بالصبر من غير ذكر خلاف ويجاب عن الايراد بأنه انما انتفى وجوب الدية والكفارة لكون التلف مضافا لهم لتترسهم بهم بخلاف مال الغير فانه لم يوجد ما يمنع من اضافة التلف فيه الى المضطر فلهذا لحقه الضمان (قوله ونهينا عن اخراج مصحف الخ) لما فى اخراجه من التعريض لان يناله العدو فيستخف به ويلحق بالمصحف كتب الحديث والفقه قيد بالخوف لانه لو لم يخف لم يكره كما لو دخل بامان فلا بأس بحمل المصحف ان كانوا يوفون بالعهد والاولى فى النساء اخراج العجائز واذا احتيج للمباضعة فالاولى اخراج الاماء دون الحرائر (قوله يخاف عليهما) أى على المصحف والمرأة وفى بعض النسخ عليها أى على السرية وعن الطحاوى ان النهى عن اخراج المصحف انما كان لخوف فوت شئ من القرآن فعلى هذا لا بأس باخراج المصحف اذ قد كثر المصاحف والحفاظ فى زماننا فلا يخاف من الضياع حموى عن البرجندى والصحيح ان النهى معلل بخوف الاستخفاف نهر (قوله فى خفية) بضم الخاء وكسرها شيخنا عن المصباح (قوله وأما السرية الخ) وأما أقل الجيش فأربعة آلاف وينبغى ان يكون العسكر العظيم اثنى عشر ألفا لقوله عليه السلام لن يغلب اثنا عشر ألفا من قلة وفى الخانية لا ينبغى للمسلمين ان يفروا اذا كانوا اثنى عشر ألفا وان كان العدو أكثر وذكر الحديث ثم قال والحاصل انه اذا غلب على ظنه بأن يغلب فلا بأس بان يفر ولا بأس للواحد ان يفر من اثنين اذا لم يكن معه سلاح وتقدم انه يجوز له ان يفر من الثلاثة مطلقا وتفر المائة من ثلثمائة انتهى (قوله ويقال خير السرايا الخ) قال شيخنا جعله فى المنبع حديثا (قوله أربعمائة) وأقلها كما قال الامام مائتان وقال ابن زياد أقلها أربعمائة وفى المبسوط هى عدد قليل يسيرون فى الليل ويكمنون بالنهار نهر (قوله ونهينا عن غدر) الغدر نقض العهد وترك الوفاء بما التزم برجندى لكن قال عليه السلام الحرب خدعة فيشكل والجواب انه مادامت الحرب قائمة لا يحرم الخداع بأن نريهم انا لا نحاربهم فى هذا اليوم حتى يأمنوا فنحاربهم فيه أو نذهب الى صوب آخر حتى يغفلوا فنأتيهم بياتا ونحو ذلك بخلاف ما اذا كان بيننا وبينهم عهد على ان لا نحارب فى هذا اليوم حتى أمنوا فانه لا تجوز المحاربة لان هذا استئمان وعهد فالمحاربة نقض العهد وليس هذا من خداع الحرب فيكون غدرا حموى عن شرح الحلبى ونقل عن البرجندى ان الخديعة ايصال مكر الى الخصم من حيث لا يعلم من غير خلف وعد أو نقض عهد (قوله الغدر ترك الوفاء الخ) ظاهر كلام الشارح المغايرة بين الغدر والغلول وهو خلاف ما فى الدرر حيث قال وكلاهما خيانة لكن الغلول فى المغنم خاصة والغدر أعم يشمل نقض العهد انتهى (قوله والغلول والاغلال الخيانة) أى فى المغنم قبل القسمة نهر (قوله ومثلة) اسم من مثل به يمثل أى نكل به يعنى جعله نكالا وعبرة لغيره كقطع الاعضاء وتسويد الوجه وفى شرح البخارى المثلة المنهية بعد الظفر بهم ولا بأس بها قبله لانه أبلغ فى اذلالهم ونظيره الاحراق بالنار درر وقوله وفى شرح البخارى مخالف لما فى الزيلعى حيث قال وفى شرح المختار وقوله أى نكل به هو من التفعيل كما فى تاج الاسماء واللغات واعلم ان المثلة قيد جوازها فى الفتح بما اذا وقعت قتالا كمبارز ضربه فقطع اذنه ثم ضربه

(و) لكن (نقصدهم) بالرمى فى هذه الصورة (ونهينا عن اخراج مصحف وامرأة فى سرية يخاف عليهم) سرى بالليل يسرى من باب ضرب يعنى سار ليلا وأسرى مثله ومنه السرية واحدة السرايا الا انها تسرى فى خفية ونحو ان يكون من الاسراء الاختيار لانها جماعة مختارة من الجيش أى مختاره كذا فى المغرب وفى المدوة الجيش الجمع العظيم وكذا الجند وأما السرية فنحو أربعمائة يسيرون بالليل ويختفون بالنهار ويقال خير السرايا أربعمائة رجل ولا بأس باخراج النساء والمصاحف اذا كان عسكر عظيم يؤمن عليه كذا فى شرح القدورى (و) نهينا عن (غدر وغلول) الغدر ترك الوفاء والغلول والاغلال الخيانة (و) نهينا عن (مثلة) المثلة العقوبة وهى قطع عضو من أعضاء الحى

ففقأ عينه وهكذا وهو ظاهر فى انه لو تمكن من كافر حال قيام الحرب ليس له ان يمثل به بل يقتله ومقتضى ما فى الاختيار ان له ذلك كيف وقد علله بأنه أبلغ فى كبتهم وأضر بهم والمثلة المروية فى قصة العرنيين اما منسوخة أو انه تعارض محرم ومبيح فيقدم المحرم نهر (قوله نهينا عن قتل امرأة الخ) لنهيه عليه السلام عن قتل النساء والصبيان أى الذين لا يقدرون على القتال ولا على الصياح عند التقاء الصفين كما فى التتارخانية وفى جمع الجوامع لا يقتل من فى بلوغه شك وهذا يغاير الاول نهر وكانه فهم ان المراد بالقدرة على القتال وعلى الصياح القدرة بالقوة لا بالفعل وليس كذلك بل المراد القدرة مع الفعل بأن وجد من الصبى القتال أو الصياح فلا ينافيه عدم جواز قتل من فى بلوغه شك اذ هو محمول على ما اذا لم يوجد منه ذلك وأما ما أجاب به السيد الحموى من ان الثانى محمول على ما اذا كان لا يقدر على الصياح ففيه نظر لانه اذا كان للصبى قدرة على الصياح مع انه لا شك فى عدم بلوغه فالذى فى بلوغه شك يكون بالاولى واعلم انه لا يغرم قاتل من نهى عن قتله لان مجرد حرمة القتل لا توجب الضمان فتح وتبيين (قوله وشيخ فان) لقوله عليه الصلاة والسلام لا تقتلوا شيخا فانيا وفسره الرازى بالذى خرف وزال عن حدود العقلاء والمميزين لانه حينئذ يكون كالمجنون ولهذا لا نقتله اذا ارتد أما من يقدر ولو على الصياح أو الاحبال فيقتل لانه يجئ منه الولد فتكثر محاربته للمسلمين نهر (قوله وأعمى) وكذا الراهب الذى لا يخالط الناس واهل الكنائس الذين لا يخالطون الناس والسائح فى الجبال الذى لا يخالط الناس لعدم تحقق الحرب منهم ولو قتلوا فلا شئ بقتلهم الا التوبة والاستغفار واذا كان بالمسلمين قوة الى حملهم لا نتركهم فى دار الحرب الا الشيخ الفانى الذى لا يلقح والرهبان وأصحاب الصوامع اذا كانوا ممن لا يصيبون النساء والعجوز التى لا يرجى ولدها فيخير بين حملهم وتركهم نهر وفيه عن الخلاصة لا يترك الامام فى دار الحرب من ترجى ولادته ويخرجهم وان أراد تركهم وعلم ان الدار تبقى دار الاسلام جعل الجزية عليهم ووضع الخراج على اراضيهم ومعنى لا يلقح بضم الياء المثناة من تحت وتسكين اللام وكسر القاف وبالحاء المهملة أى لا تحمل منه النساء شيخنا (قوله ومقعد) تقدم عن الفتح معزيا للديوان الادب تفسيره بالاعرج ونقل الحموى عن البرجندى معزيا للمغرب ان المقعد هو الذى أقعده الداء عن الحركة وعند الاطباء هو الزمن وقيل المقعد المتشنج الاعضاء والزمن الذى طال مرضه انتهى (قوله الا ان يكون أحدهم ذا رأى فى الحرب أو ملكا) لان فى قتله كسر شوكتهم وفى الخانية ولا نقتل الصبيان ولا الشيخ الفانى الا ان يكون الصبى ملكا وقد أحضروه موضع القتال وهذا يفيد انهم لو لم يحضروه لا يقتل وعلى هذا سائر من ذكر وفيه تأمل نهر ولعل وجه التأمل ان كسر شوكتهم يحصل بقتل الصبى وان لم يحضروه وأقول قوله وعلى هذا سائر من ذكر ممنوع بل هذا خاص بالصبى لظهور الفرق بين الصبى وغيره واعلم ان الاستثناء واقع فى كلام المصنف لا يصح بالنسبة للشيخ الفانى على تفسيره بالذى خرف وزال عن حدود العقلاء فالصواب ان يفسر بالذى لا يقدر على القتال أو الصياح أو الاحبال حموى (قوله والصبى والمجنون اذا قاتلا الخ) صريح فى ان مجرد القدرة على القتال لا يبيح قتل الصبى والمجنون ما لم يوجد القتال بالفعل خلافا لما فهمه فى النهر من تعبيره فى التتارخانية بالقدرة على القتال فاشكل عليه ما ذكره فى جمع الجوامع من ان من فى بلوغه شك لا يقتل وقد سبق (قوله وخالفنا الشافعى فى الشيخ والمقعد والاعمى) لان القتل عنده جزاء الكفر وقد تحقق قلنا الدنيا دار التكليف وليست بدار الجزاء وانما وجب فى بعض الجنايات لتنتظم مصالح العباد لان السفهاء لا ينتهون بمجرد الوعيد زيلعى بقى ان يقال ان ظاهر تخصيص خلاف الامام الشافعى بهم يقتضى انه لا خلاف له فى غيرهم كمقطوع اليدين ونحوه مع ان الكفر منهم متحقق فليتظر وجه الفرق (قوله من أى جانب كان) ولا ينافى هذا ما ذكره فى النهر حيث قيد مقطوع اليد والرجل بكونه من خلاف لانه اذا لم يجز قتله اذا كان القطع من خلاف فلان لا يجوز اذا كان من جانب واحد بالاولى (قوله ولا مقطوع اليد اليمنى خاصة) أطلق عدم القتل فيه وفى الذى قبله وينبغى

(و) نهينا عن (قتل امرأة وغير مكلف) أى صبى ومجنون (وشيخ فان واعمى ومقعد الا ان يكون أحدهم ذا رأى فى الحرب أو ملكا) فحينئذ يقتل والضمير فى أحدهم للمذكورين والصبى والمجنون اذا قاتلا أى وقتلا وخالفنا الشافعى فى الشيخ والمقعد والاعمى فى حال الحرب حال الاذار كالصحيح فى حال ومن جن و يفيق كالصحيح فى حال افاقته وكذا لا يقتل مقطوع اليد والرجل من أى جانب كان ولا مقطوع اليد اليمنى خاصة و يقتل أقطع اليد اليسرى أو احدى الرجلين وان لم يقاتل أحدا كذا فى كفاية البيهقى

تقييده

تقييده بما اذا لم يوجد منه القتال أو الصياح وكذا ينبغى تقييده أيضا بمن لا يتأتى منه الاحبال كالشيخ الفانى (قوله وقتل أب مشرك) بالجر عطفا على اخراج امرأة لا على امرأة حموى عن شرح ابن الحلبى (قوله ومن فى معناه كالام والجد) أشار بهذا الى ان المراد بالاب الاصل وان علا وأقول لا حاجة الى ذكر الام هنا للنهى عن قتل النساء مطلقا وان كن أجانب (قوله ولا يمكنه دفعه الا بقتله) لانه اذا جاز قتل الاب المسلم دفعا عن نفسه فالاب الكافر أولى ولهذا له ان يؤثر حياة نفسه على حياة أبيه بان كان عنده من الماء ما يكفى أحدهما فله ان يشربه وان كان أبوه يموت عطشا زيلعى (قوله لا ان له ان يبدأ بقتل أخ مشرك) وكذا له ان يبدأ بقتل ابنه الكافر لانه لا يجب احياؤه ولهذا لا يجب عليه نفقة ابنه المحارب عينى (قوله وغيره من المحارم) كالعم لانهم ليسوا كالاصول الا ترى انه لا يجب عليه نفقتهم مع اختلاف الدين بخلاف أخيه الباغى حيث لا يجوز له قتله زيلعى لاتحاد الدين (قوله وليأب الابن) واما فى الرجم فى الزنى فلا بأس اذا كان أحد الشهود هو الولد بأن يرمى ولكن لا يقصد القتل حموى عن النهاية وأقول تعبيره بلا بأس يفيد ان الاولى ترك الرمى مع انه سبق ان بداءة الشهود شرط الا ان يقال كلمة لا بأس هنا خرجت عن أصل وضعها (قوله ليقتله غيره) ولا ينبغى ان ينصرف عنه ويتركه فان لم يكن ثمة غيره قتله (فرعان) لا بأس بحمل رأس المشرك اذا كان فيه غيظ لهم أو فراغ قلب للمسلمين بأن كان المقتول من قوادهم أو عظمائهم وقد حمل ابن مسعود يوم بدر رأس أبى جهل وألقاها بين يديه عليه الصلاة والسلام فقال عليه السلام الله أكبر هذا فرعونى وفرعون أمتى كان شره على وعلى أمتى أعظم من شر فرعون على موسى وأمته (الثانى) لا بأس بنبش قبورهم طلبا للمال وكذا قبور أهل الذمة كما فى الخانية يعنى ولم يكن للذمى الذى نبش قبره لاخراج ما فيه من المال وارث نهر واعلم ان أول رأس طيف به فى الاسلام رأس الحسين حموى قال ولما أنهى الكلام على كيفية القتال شرع يبين ما يعرض اثناء ذلك من صلح أو أمان فقال ونصالحهم أى نعاهدهم على ترك الجهاد أى مدة كانت لانه جهاد معنى (قوله بأن نأخذ منهم) لو أبقى المتن على اطلاقه لكان أولى لانه كما يجوز على مال نأخذه فكذا على مال ندفعه عند خوف الهلاك ولو حاصر الكفار المسلمين وطلبوا الصلح بمال يأخذونه من المسلمين لا يفعله الامام لما فيه من اعطاء الدنية والحاق المذلة للمسلمين وفى الحديث ليس للمسلم ان يذل نفسه الا اذا خاف الهلاك لان دفعه بأى طريق أمكن واجب درر وزيلعى والدنية بمعنى النقيصة عناية قيل فى هذا التعميم يعنى التعليل بأن دفعه بأى طريق أمكن واجب شبهة وهى انه لو لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه الا باجراء كلمة الكفر أو بقتل غيره أو بالزنى فان دفع الهلاك بذلك عن نفسه غير واجب بل هو مرخص فيه حتى لو قتل فيها بصبره عنها كان شهيدا وأجيب بأن المعنى بأى طريق يمكن سوى الامور التى رخص فيها ولم يجب الاقدام عليها وأقول واجب يعنى ثابت فتندفع به كذا فى العناية وفيه نظر لما فى كتاب الاكراه من تصريحهم بأنه اذا أكره على قتل غيره أو على الزنى لا يرخص ثم ظهر ان المراد بقتل الغير أى قتله بطريق الدفع بأن قصد قتله ولم يمكنه دفعه عن نفسه الا بقتله ويراد بالزنى التمكين بأن أكرهت امرأة على التمكين منه بالمجئ فانه يرخص لها اذ لا ينقطع نسب الولد عنها بخلاف الرجل كما فى الزيلعى من كتاب الاكراه والحاصل ان القتل بطريق الدفع بأن قصد قتل غيره ولم يمكنه دفعه عن نفسه الا بقتله ليس بواجب بل تعبير الشارح بلا بأس حيث قال اما اذا قصد أحدهم قتله ولا يمكنه دفعه الا بقتله فلا بأس به يفيد ان الاولى له الصبر بخلاف من شهر على المسلمين سيفا حيث يجب قتله (قوله لم يجز) لانه يكون تركا للجهاد صورة ومعنى (قوله فهو غنيمة) يخمس ثم يقسم الباقى بين الغانمين (قوله وننبذ لو خيرا) لان المصلحة لما تبدلت كان النقض جهادا ويكون النبذ على الوجه الذى كان الامان فان كان منتشرا يجب أن يكون النبذ كذلك وان كان غير منتشر بأن أمنهم واحد من المسلمين سرا يكتفى بنبذ ذلك الواحد على قياس الاذن بالحجر هذا اذا صالحهم مدة فرأى نقضه قبلها واما اذا مضت المدة بطل الصلح بمضيها فلا

(و) نهينا عن (قتل أب مشرك) ومن فى معناه كالام والجد أى نهينا ابتداء اما اذا قصد أحدهم قتله ولا يمكنه دفعه الا بقتله فلا بأس به وانما قيد بالاب لان له ان يبدأ بقتل أخ مشرك وغيره من المحارم سوى الابوين وان علوا (وليأب الابن) عن قتل أبيه ان أدركه (ليقتله غيره) واعلم انه لو قال وليأب بالفاء لكان أولى (ونصالحهم) ولو) كان الصلح (بمال) (ان كان) الصلح (خيرا) منهم مالا (بأن نأخذ) هذا اذا كان لنا ضعفا وشوكتهم لم تحرز وما أخذ حاجة وان لم يكن لنا حاجة لم يجز ولا خمس يصرف فى مصارف الخراج بل أرسلوا فيه اذا لم ينزلوا بساحتهم بل بعثوا رسولا اما اذا أحاط الجيش بهم ثم أخذوا المال فهو غنيمة (وننبذ) أى ننقض العهد

نبذنا اليهم ولو كان الصلح على جعل فنقضه قبل مضي المدة رده عليهم بحصته عيني ثم بعد النبذ لا يجوز قتالهم حتى يمضي عليهم زمان يتمكن فيه ملكهم من انفاذ الخبر الى اطراف مملكته حتى لو كانوا خربوا حصونهم للامان وتفرقوا في البلاد فلا بد ان يعودوا الى مامنهم ويعمروا حصونهم كما كانت نهر توقيا عن الغدر وهو شيء يستقر به ضرب حموي عن المصباح (قوله مع ارسال العلم اليهم) لئلا يكون غدرا (قوله ونقاتل بلا نبذ) أي اعلام فالنبذ هنا بمعنى الاعلام بخلافه في قوله ونبذ لو خيرا فانه بمعنى النقض (قوله لو خان ملكهم) لان النبذ لنقض العهد وقد انتقض بالخيانة منهم عيني واطلق في ان العهد ينتقض بخيانته فعم ما لو كانت بقتاله بنفسه أو بقتال جماعة ذي منعة باذنه فلو كان بدون اذنه نقض في حقهم فقط در (قوله والمرتدين بلا مال) اذا غلبوا على بلدة وصارت دارهم دار حرب تنوير لان الاسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم طمعا فيه اذا كانت فيه مصلحة وانما لم يؤخذ منهم مال لانه يشبه الجزية وهي لا تقبل منهم فكذا هذا عيني وكذا يجوز الصلح مع البغاة على ترك القتال مدة لينظروا في أمرهم لانه ترك القتال لمصلحة فجاز كما في حق أهل الحرب درر واعلم ان المرتدين عطف على الضمير المنصوب في نصالحهم حموي (قوله فان أخذ لا يرد عليهم) لانه غير معصوم بخلاف أخذه من بغاة فانه يرد بعد وضع الحرب أوزارها در عن الفتح لا يقال ما في الدرر من قوله ونصالح المرتدين والباغين بلا مال ولا رد ان أخذنا الا في الرد عليهم معونة لهم على القتال صريح في التسوية بين ما يؤخذ من المرتدين والباغين وليس كذلك لما في النهر من قوله بخلاف ما لو أخذ من اهل البغي حيث يرد عليهم بعد وضع الحرب أوزارها لانه ليس فيئا لا قبله لانه اعانة لهم انتهى لانا نقول تعليله يفيد ان المراد نفي رده لكون عونا لهم على قتالنا فليس فيه ان الاخذ يكون للاستئصال شيخنا (قوله ولم نبع سلاحا منهم) وكذا الخيل والحديد لما فيه من تقويتهم على الحرب وكذا الرقيق لانهم يتوالدون فيعودون حربا علينا زيلعي بخلاف القماش والطعام حيث يجوز استحسانا بالنص وهو أمره عليه السلام ثمامة بضم الثاء المثلثة ان يمير أهل مكة وهم حرب عليه اي على النبي عليه السلام وقوله يمير من مار أهله اتاهم بالميرة وهي الطعام كذا في البناية والقياس ان لا يجوز وعلى ما هو الاستحسان فما يفعله وزراء مصر الآن من بيع الحنطة من أهل جزيرة كندية جائز الا انه ينبغي ان لا يفتى بجواز ذلك خشية الرغبة في البيع منهم بحيث يضيق الحال بأهل مصر على انه لو أفتى مفت بما هو القياس من عدم الجواز لم يبعد ان يكون صوابا وقد يقال محل الجواز في غير زمن مقاتلتنا لهم قال البرجندي وكما لا تباع تلك الاشياء يعني السلاح ونحوه منهم لا يملكونها بوجه من الوجوه وانما خص البيع بالذكر لانه السبب الغالب في تمليك الاشياء انتهى ولم أر حكم اعارة ذلك منهم وايداعه أو استئجارهم ذلك والظاهر عدم الجواز أخذا من تعليل ذلك بتقويتهم حموي ولو جاء الحربي بسيف فاشترى مكانه قوسا أو رمحا لم يترك ان يخرج به وكذا لو استبدل به سيفا خيرا منه نهر (قوله لا قبل الصلح ولا بعده) لانه على شرف النقض أو الانقضاء زيلعي (قوله من أمنه حر الخ) لخبر أبي داود المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم ويرد عليهم أقصاهم وهم يد على من سواهم ومعنى الجملة الاولى ان دية الشريف لا تزيد على دية الوضيع والثانية ما نحن فيه وادناهم اي اقلهم عددا وهو الواحد والثالثة ان الابعد منهم يرد النفقة عليهم وذلك ان العسكر في دار الحرب اذا اقتطع الامام منهم سرايا وجهت للاغارة فاغتنمت جعل لها ما سمي من الغنيمة ويرد ما بقي لاهل العسكر والرابعة انهم عضو واحد على من سواهم من الملل نهر واطلق في الامان فعم الصريح كامنت او لا بأس عليك او لكم عهد الله وذمته أو وادعت والكناية كتعال اذا ظنه أمانا وعم ما لو كان بالاشارة بالاصبع الى السماء أي اعطيتكم ذمة اله السماء وعم أي لغة كانت وان كانوا لا يعرفونها بعد معرفة المسلمين ذلك ويشترط سماعهم ذلك فلا أمان لو كان بالبعد منهم تنوير ويدخل فيه اولاد الابناء لا أولاد البنات ولو طلب الامان لاهله لا يكون امنا بخلاف ذراريه نهر وتوقف السيد الحموي في وجه الفرق بينهما فقال فليحرر انتهى وعم ما لو كان الذي

كن النبذ مع ارسال العلم اليهم (لو) (خيرا) للمسلمين (ونقاتل) أهل الحرب (بلا نبذ لو خان) (ملكهم) صالحناهم (والمرتدين) الذين صالحناهم وكان ذلك بالفاقهم على ترك (بلا مال) أي نصالح المرتدين على ترك قتالهم مدة معلومة من غير ان نأخذ منهم مالا (فان أخذ) منهم مال مع انه لا يجوز (لا يرد) عليهم (ولم نبع) سلاحا (منهم) مطلقا لا قبل الصلح ولا بعده (ما) (ونقتل من أمنه حر أو حرة) الا الصبي وذلك ان كان بعد ما عقل فلا يصح امانه وان كان الذي لا يعقل فلا يصح وان كان محجورا عن القتال يعقل نظر ان كان مأذونا قيل فهو كالعبد وان كان مأذونا (ونبذ لو شرا) لا يصح والاصح انه يصح (ونبذ) أهل حصن وفيه مفسدة نبذ الامان يعني لو من واحد من الجيش ونؤدبه

اهدائی به
کتابخانه آستان قدس رضوی
دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی

امنه واحدا او جماعة او أهل حصن او أهل مدينة حتى لم يجز لاحد من المسلمين قتلهم حموي ولو اغار عليهم قوم آخرون من المسلمين فقتلوا الرجال وسبوا النساء والذراري والاموال وقسموا ذلك وجاؤا بالاولاد منهم ثم علموا بالامان فعلى القاتل دية المقتول وترد النساء والاموال الى أهاليها يعني بعد ثلاث حيض وفي هذه المدة يوضعن على يد عجوز ثقة وعلى الواطئ الصداق والاولاد احرار مسلمون تبعا للاب نهر (قوله وبطل أمان ذمي) لانه متهم بهم الا اذا أمره امير العسكران يؤمنهم فيجوز زوال ذلك المعنى زيلعي (قوله واسير وتاجر) لانهما مقهوران تحت أيديهم فلا يخافونهما والامان يكون من الخوف عيني ومحل البطلان في حق المسلمين وأما في حق نفسه فصحيح وفي الخانية العبد المسلم اذا خدم مولاه الحربي في دار الحرب كانت خدمته امانا له نهر (قوله وعبد محجور) لانه تصرف على المولى وانه لا يعرى عن احتمال الضرر عيني (تتمة) يصح امان المريض او الشيخ الفاني لانه من أهل القتال عمال او رأي حموي عن البرجندي وفي البحر عن المحيط حربي دخل دارنا بغير امان فهو فيء لجماعة المسلمين أخذ قبل الاسلام او بعده عند أبي حنيفة

(باب الغنائم وقسمتها)

الغنيمة اسم لمال مأخوذ من الكفرة بالقهر والغلبة والحرب قائمة والفيء ما أخذ منهم من غير قتال بعد ما تصير الدار دار اسلام كالخراج والجزية وحكم الاول ان يخمس وباقيه للغانمين وحكم الثاني ان يكون لكافة المسلمين ولا يخمس حموي (قوله أي قهرا) كذا في الهداية وهذا كما في شروح الهداية ليس معنى العنوة حقيقة لانها من عنا يعنو ذل وخضع وهو لازم وقهرا متعد أي فعله وانما المعنى فتح بلدة حال كون اهلها ذوي عنوة أي ذل وذلك يستلزم قهر المسلمين لهم حموي وفيه وضع المصدر موضع الحال وهو غير مطرد وما في البحر عن القاموس العنوة القهر قال وبه اندفع ما في شروح الهداية تعقبه في النهر بانه لا يصلح دافعا الا لو كان معنى حقيقيا له وليس في القاموس ما يعينه لان صاحب القاموس لا يميز بين المعنى الحقيقي والمجازي بل يذكر المعاني جملة انتهى واعلم ان ما سبق من جعل عنوة حالا لا يتعين بل يجوز ان يكون نصبا على التمييز وعليه اقتصر العيني (قوله خمسها وقسم) يلزم على هذا المزج حذف المعطوف عليه واداة العطف وهو لا يجوز حموي قال وانما سكت المصنف عن اخراج الخمس لانه سيصرح به في الفصل الثاني (قوله وقسم الباقي بيننا) اقتداء بفعله عليه الصلاة والسلام في خيبر ولو كان فيما أصابوه مصحف فيه شيء من كتب اليهود والنصارى لا يدرى أفيه شيء من الكتب السماوية او كفر لا يدخله الامام الغنيمة للقسمة مخافة ان يقع في سهم رجل فيبيعه من المشركين وذلك مكروه ولا ينبغي ان يحرق مخافة ان يكون فيه شيء من اسماء الله تعالى وكذا المصحف اذا خلق بحيث لا يقرأ فيه لا يحرق بالنار بل ان امكن ان ينتفع بورقه بعد المحو بالغسل بان كان مكتوبا على جلد فعل وان لم يمكن دفن في محل لا يتوهم وصول الكفرة اليه نهر عن التتارخانية (قوله او أقر اهلها الخ) طابت بذلك نفس الغانمين او لم تطب حموي اقتداء بعمر حين فعل كذلك بسواد العراق بموافقة الصحابة ولم يحمد من خالفه منهم قال عمر والذي نفسي بيده لولا ان اترك الناس ببانا ليس لهم من شيء ما فتحت قرية الا قسمتها كما قسم عليه السلام خيبر ولكني اتركها خزانة لهم فيقسمونها رواه البخاري أي اتركهم شيئا واحدا لانه اذا قسم البلاد المفتوحة على الغانمين بقي من لم يحضر القسمة ومن يجيء بعد من المسلمين بغير شيء فلذلك تركها فتكون بين جميعهم والمعنى لا سوين بينهم في ذلك حتى يكونوا شيئا واحدا لا فضل لاحد على غيره وقوله ببانا بباءين موحدتين مع تشديد الثانية وآخره نون وقيل الاول هو الاولى عند حاجة الغانمين والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة للنوائب وهذا في العقار وأما المنقول وحده فلا يجوز المن به عليهم لانه لم يرد في الشرع زيلعي وقوله ولم يحمد من خالفه يريد نفرا يسيرا منهم بلال صح انه دعا عليهم على المنبر فقال اللهم اكفني بلالا واصحابه فما

(وبطل أمان ذمي وأسير وتاجر) ومسلم أسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا (وعبد محجور عن القتال) عند أبي حنيفة وعند محمد يصح وأبو يوسف مع الشافعي وزفر مع أبي حنيفة في رواية الكرخي ومع محمد في رواية الطحاوي وانما بدأ بعدم صحته لانه لو كان مأذونا يصح امانه اتفاقا

(باب الغنائم وقسمتها)

(ما فتح الامام) من الاراضي التي للكفار (عنوة) أي قهرا او غلبة فهو بالخيار ان شاء خمسها او (قسم) الباقي (بيننا) أي بين الغانمين (أو أقر أهلها) عليها (ووضع الجزية) على جماجمهم أي رؤسهم (والخراج) على اراضيهم

حال الحول ومنهم عين تطرف أى ماتوا جميعا ولقائل ان يقول لا نسلم ان أحدا من الصحابة بل أكثرهم
يصير قدوة على خلاف مافعله عليه السلام اذلم يصل الى حد الاجماع والجواب عنه من وجهين أحدهما
ان فعل النبى عليه السلام اذالم يعلم انه عليه الصلاة والسلام على أى وجه فعله يحمل على أدنى منازل
افعاله وهو الاباحة وحينئذ لا يستوجب العمل لا محالة فاذا ظهر دليل الصحابى جاز ان يعمل بخلافه
والثانى انه على تقدير انه عليه السلام فعل ذلك وجوبا فان عمر فعل مافعل مستنبطا من قوله تعالى والذين
جاؤا من بعدهم بعد قوله تعالى ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذى القربى فيكون
ثابتا باشارة النص وهى تفيد القطع فيكون الواجب أحدهما يتعين بفعل الامام كالواجب المخير فى
خصال الكفارة ففعل عليه السلام أحدهما وعمر الآخر عناية وفيه نظر سيأتى وجهه (قوله وقال الشافعى
تقسم الاراضى ولا تترك فى أيديهم بالخراج) لانهم ملكوها بالاستيلاء فلا يجوز ابطال ملكهم او حقهم
الا ببدل يعدله والخراج لا يعدله لقلته بخلاف المن على الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم بالقتل
اصلا فبالعوض القليل أولى ولنا انه عليه السلام فتح مكة عنوة ومن بها على اهلها ولم يقسمها بين الغانمين
والدليل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام لما اشتد القتل عليهم من أغلق بابه فهو آمن ومن دخل دار
أبى سفيان فهو آمن فلو كان فتحها بالصلح لحصل الامان بذلك لا بما ذكرناه والخراج وان قل فى الحال
فهو اكثر فى المآل فالقليل الدائم خير من الكثير المنقطع زيلعى ومن هنا يعلم سقوط ماسبق من قوله
ولقائل ان يقول لا نسلم ان احدا من الصحابة الخ وعدم الحاجة لما تكلفه فى العناية من الجواب (قوله بقدر
ما يتهيأ لهم من العمل) يعنى الى ان تخرج الغلال والا فهو تكليف بما لا يطاق حموى اعلم ان للامام ان
ينفيهم منها و ينزل قوما آخرين و يضع عليهم خراج الارض وعلى أنفسهم الجزية لو كانوا كفارا ولو كان القوم
الآخرون مسلمين لا يوضع عليهم الا العشر لانه ابتداء وضع على المسلمين درر (قوله وقتل الاسرى) جمع أسير
وهو الاخيذ والمقيد والمسجون ويجمع على أسارى أيضا وقد صح انه عليه الصلاة والسلام قتل مقاتل
بنى قريظة واسترق ذراريهم وليس له فيمن أسلم الا الاسترقاق لان قتله او وضع الجزية عليه بعد اسلامه
لا يجوز بخلاف ما اذا أسلم قبل الاستيلاء حيث لا يجوز استرقاقه لانه صار اولى الناس بنفسه قبل انعقاد
سبب الملك وهو الاستيلاء والاخذ حموى عن الغاية قال وقوله قتل معطوف على أحد الامرين بالكبر
وقال الرازى معطوف على قسم معناه ان الامام مخير بين ثلاثة أمور (قوله ان شاء) أى الامام اما الغازى
فليس له ان يقتل أسيرا اذ قد يرى الامام المصلحة فى استرقاقه وليس له ان يفتات عليه فلو قتله بلا ملجئ
الى قتله بان خاف من شره عزر اذا وقع على خلاف رأيه غير انه لا يضمن شيئا نهر وبحر عن الفتح وقوله بان
خاف من شره تصوير للمنفى لا للنفى حتى لو قتله خوفا من شره لم يعزر (قوله او استرق) الاسترقاق لا يخص
الرجال بل يعم النساء والذرارى حموى (قوله ذمة لنا) أى اهل ذمة بان يضع عليهم الجزية والخراج والذمة
العهد فان نقضه يوجب الذم و يفسر بالضمان والامان وانما قيل للمعاهد ذمى لانه أمن على ماله ودمه
بالجزية حموى (قوله غير مشركى العرب والمرتدين) أما هما فلا يقبل منهما الا الاسلام أو السيف حموى
(قوله وحرم ردهم) لا يخفى ان الرد اما ان يكون بعوض وهو الفداء وبغير عوض وهو داخل فى المن فلا
حاجة الى ذكره برجندى واقول مثل هذا لا يعترض عليه لان اصحاب المتون كالوقاية والكنز مقصودهم
مزيد الايضاح فلا يعترض عليهم بحكم صرحوا به مع استفادته من غيره دلالة حموى (قوله والفداء)
بالكسر والمد وبالفتح مع القصر حموى مصدر فداه استنقذه والفدية المال والمفاداة بين اثنين يقال
فداه اذا اطلقه وعن المبرد المفاداة ان تدفع رجلا وتأخذ رجلا والفداء ان تشتريه وقيل هما بمعنى نهر عن
المغرب وذكر نوح افندى عن الصحاح ان الفداء اذا كسر اوله يمد ويقصر واذا فتح فهو مقصور الخ وانما
يحرم الفداء بعد تمام الحرب اما قبله فيجوز بالمال للحاجة قال فى الشرنبلالية والحاجة عند قيام الحرب
لا قبله واقول ظاهر كلام الزيلعى ان الحاجة لاخذ المال لا تتقيد بما قبل الفراغ من الحرب وهو الظاهر

ايضا

وقال الشافعى تقسم الاراضى ولا تترك فى أيديهم بالخراج وهذا فى العقار اما فى المنقول المجرد فلا يجوز المن بالرد عليهم بالاتفاق وان من عليهم بالرقاب والاراضى يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما تهيأ لهم من العمل (وقتل الاسرى) ان شاء أى غير الذين اسلموا وما اذا أسلموا فلا يقتل عن قتلهم وهذا اذا لم يسلموا (او استرق أو ترككم أحرارا ذمة لنا) غير مشركى العرب والمرتدين (وحرم ردهم الى دار الحرب) فدية عنا له والفداء) أى لا نأخذ منهم فدية مطلقا أى لا نأخذ مالا الاسارى التى فى ايدى المسلمين

ايضا من قول الشارح فيما سيأتى وقال محمد لا بأس بأخذ المال الخ وبه صرح فى النهر بقى ان يقال تقييده
جواز الفداء بالمال بما اذا كان للمسلمين حاجة يقتضى ان المراد بالفداء ما يأخذه المسلمون من المال
بمقابلة الاسارى التى فى ايدى المسلمين وماذكره العلامة نوح افندى معزيا للينابيع والحدادى فى شرح
القدورى حيث قال اما حرمة الفداء بالمال فلان فيه عونا لهم على المسلمين اذ المراد به هنا ماله اختصاص
بالحرب كالسلاح والخيل لا ما ليس له اختصاص به كالدراهم والدنانير والثياب فان الفداء به جائز الخ
يقتضى كون المراد بالفداء استنقاذ اسارى المسلمين بمال ندفعه فتحصل من كلام نوح افندى مع
ماقدمناه ان رد اسارى الكفار بمال نأخذه يجوز ان كان للمسلمين حاجة مطلقا سواء كان ما اخذناه من
المال مماله اختصاص بالحرب أولا بخلاف استنقاذ أسارى المسلمين بمال ندفعه فانه على التفصيل
الذى ذكره نوح افندى (قوله ولا أسيرا مسلما) هذا هو احدى الروايتين عن الامام وعنه انه يجوز
وبه قالا غير ان أبا يوسف يجوزه قبل القسمة لا بعدها ومحمد يجوزه بكل حال وبالرواية الثانية قال العامة
وفى الدراية عن السير الكبير انها أظهر الروايتين عن الامام اذ تخليص المسلم اولى من قتل الكافر
وجه الاولى ان فيه معونة للكفر لانه يعود حربا علينا ودفع شر حرابه خير من استنقاذ المسلم لانه اذا
بقى فى ايديهم كان ابتلاء فى حقه فقط وقالوا واسلم الاسير فى ايدينا لا يفادى بمسلم اسير لانه لا يفيد الا اذا
طابت نفسه به وكان مأمونا على اسلامه ولا خلاف ان المفاداة بالنساء لا تجوز نهر (قوله وهو قول
الشافعى) ظاهره ان الشافعى لا يقول بجواز الفداء بأخذ المال بل بأخذ اسارى المسلمين فقط وهو خلاف
صريح كلام الزيلعى ونصه وقال الشافعى يجوز مطلقا يعنى الفداء بأخذ المال وكذا فى مفاداة اساراهم
بأسرى المسلمين يجوز عنده انتهى وقوله مطلقا يعنى سواء كان للمسلمين حاجة الى أخذ المال أم لا (قوله اذا
كان للمسلمين حاجة) ظاهر اطلاقه ان الفداء بالمال يجوز عند محمد وعند الحاجة سواء كان بعد الفراغ
من الحرب ام لا كما سبق ويخالفه ما فى الدرر كالشرنبلالية من تقييد الحاجة بما قبل الفراغ وايضا
ظاهر كلام الدرر يفيد جواز الفداء بالمال قبل الفراغ من الحرب عند الكل لعدم عزوه المسئلة لمحمد
ويوافق ما فى الشارح والزيلعى من عدم التقييد بما قبل الفراغ قوله فى السير الكبير لا بأس به اذا كان
بالمسلمين حاجة قال فى النهر وهذا ظاهر فى عدم الفرق بين ان يكون ذلك قبل وضع الحرب اوزارها أو
بعده انتهى (قوله وقال الشافعى يجوز المن) له على جواز المن والفداء قوله تعالى فشدوا الوثاق
فاما منا بعد واما فداء واخذ عليه الصلاة والسلام يوم بدر المال فداء عن انفسهم قلنا نسخ ذلك كله بآية
السيف لان المن والفداء مذكور فى سورة محمد وهى بمكة وآية السيف نزلت فى سورة براءة وهى آخر سورة
نزلت وعوتب عليه الصلاة والسلام على الاخذ يوم بدر بقوله تعالى لولا كتاب من الله سبق الآية فجلس
عليه السلام وأبو بكر يبكيان وقال عليه السلام لو نزل من السماء عذاب لما نجا الا عمر وكان قد امر بقتلهم
دون أخذ الفداء منهم زيلعى (قوله وحرم عقر مواش) وهو قطع عراقيبها الا انه مثلة عينى (قوله فتذبح)
لان ذبحها لغرض صحيح جائز وهو هنا كسر شوكتهم واعدامهم هذه المنفعة وتحرق بعده قطعا لمادة
الانتفاع ولا تحرق ابتداء لقوله عليه الصلاة والسلام لا يعذب بالنار الا رب النار قال السيد الحموى واقول
هذا يرد على ماتقدم من جواز حرق اهل الحرب عند قتالهم انتهى قلت ولهذا ذكر العينى ان المراد حرق دورهم
وأمتعتهم وكذا الاسلحة ونحوها تحرق بالنار وما لا يحرق منها يدفن فى موضع لا يقفون عليه
وفى التتارخانية مات نساء مسلمات فى دار الحرب وهم يطأون الاموات وسعنا حرقهن وفى المحيط لو وجد
المسلمون حية أو عقربا فى دار الحرب لا يقتلونها بل ينزعون ذنب العقرب وانياب الحية نهر قطعا للضرر عنا
بلا قتل ابقاء للنسل ونترك صبيانهم ونساءهم اذا شق الاخراج فى أرض خربة حتى يموتوا جوعا وعطشا لانا نهى
عن قتلهم ولا وجه الى ابقائهم وتكسر أوانيهم وتراق أدهانهم مغايظة لهم اذا شق اخراجها درر ثم ماسبق من
ترك الصبيان والنساء بارض خربة الخ ذكره الولوالجى لكن استبعده فى الفتح بأنه قتل بما هو اشد من

ولا اسيرا مسلما وقالا نأخذ بهم أسارى المسلمين وهو قول الشافعى وقال محمد لا بأس بأخذ المال فداء اذا كان بالمسلمين حاجة (و) حرم (المن) على الاسارى وهو ان نطلقهم مجانا وقال الشافعى يجوز المن (و) حرم (عقر مواش شق اخراجها) من دار الحرب خلافا لمالك (فتذبح) خلافا للشافعى (وتحرق)

القتل المنهى عنه اللهم الا ان يضطر والى ذلك يشير عدم الحمل وتعجب منه فى البحر بأن الولوالجى صرح بالقيد المذكور (قوله وحرم قسمة الغنيمة فى دارهم) لنهيه عليه السلام عن بيع الغنائم فى دار الحرب والقسمة بيع معنى ولانها تعتمد الملك ولا ملك قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا (قوله لا الايداع) لانه لا يفيد الملك اجماعا فللامام ان يفعل ذلك بلا رضاهم ان لم يجد حمولة فى بيت المال قراحصارى وقوله بلا رضاهم يعنى اذا أبوا أجبرهم على ذلك بأجر المثل فى رواية السير الكبير لانه دفع ضرر عام بضرر خاص بأن يقول الامام هذا وديعة عندك لتحمله الى دار الاسلام ثم اذا بلغ دار الاسلام يرتجعها فيقسمها بينهم حموى وفى رواية أخرى لا يجبرون فان كان بحال لو قسمها اقدر كل واحد على حمله قسم وان كانوا لا يقدرون فهو ماشق وسبق حكمه (قوله مطلقا) أى سواء كانت قسمتها للايداع قبل انهزام المشركين أو بعده شيخنا (قوله وقال الشافعى لا بأس بقسمتها فى دار الحرب الخ) بناء على ان الملك عنده يثبت قبل الاحراز عنده وعندنا لا يثبت ولهذا قلنا ان الردء قبله يشارك العسكر ولا يثبت نسب ولد امة من السبى ويجب عقرها ويقسم الكل أى الامة والولد والعقر بين الغانمين بحر ولا ضمان على من أتلف منها شيئا نهر وهو باطلاقه شامل لما لو كان المتلف أجنبيا بأن لم يكن من الغانمين ولا يورث نصيب من مات قبله أما بعد الاحراز بدار الاسلام قبل القسمة فيثبت الملك فتجوز القسمة ويجرى فيه الارث ويضمن المتلف الا انه لو أعتق واحد من الغانمين عبدا لا ينفذ اعتاقه استحسانا لان نفاذه يتوقف على الملك الخاص ولا يتحقق ذلك الا بالقسمة ذ أما الموجود قبل القسمة فملك عام وانه لا يحتمل الاعتاق اه عن البدائع وفى المحيط لو وطئ الامام جارية لا يحد ويؤخذ منه العقران وطئها فى دار الاسلام دون دار الحرب قال فى النهر وهذا يخالف اطلاق مامر قيل وهو الظاهر لان الوطء فى دار الحرب لا يوجب شيئا ولو قسمت الغنيمة على الرايات فوقعت جارية بين أهل راية صح عتق آخذها واستيلاده ان قلوا لا ان كثروا والقليل مائة وقيل أربعون قال السرخسى والاولى ان توكل اى القلة والكثرة الى اجتهاد الامام الخ (قوله فان قسمها فى دار الحرب نفذت قسمتها) فى قولهم لانه قضاء فى مختلف فيه وكذلك البيع فى دار الحرب ذكره الطحاوى ثم قال هذا أى عدم جواز القسمة ليس على اطلاقه لقولهم اذا فتحها الامام وأجرى فيها حكم الاسلام فلا بأس بالقسمة حموى (قوله أما اذا أدى اجتهاده الخ) أو لحاجة الغزاة (قوله جاز اتفاقا) يعنى وفيه الكراهة تحريما عنده وتنزيها عندهما حموى عن القراحصارى ويخالفه مانقله هو عن المفتاح حيث قال وعن أبى يوسف ان الامام اذا قسمها فيها أى دار الحرب جاز انتهى لانه جعل الجواز رواية عن أبى يوسف فاستفيد منه ان المذهب عندهما عدم جوازها أى عدم الحل كمذهب الامام (قوله وقيل مذهبنا كراهة القسمة الخ) والى هذا يشير تعبير المصنف بحرم (قوله لا بطلانها) استفيد من حكايته عدم البطلان بقيل ان منهم من يقول به أى بالبطلان وعدم الصحة وبه جزم الزيلعى حيث قال ومنها أى مما يتفرع على الاصل المختلف فيه وهو ان الملك هل يثبت قبل الاحراز أم لا لو قسم الامام الغنيمة لا عن اجتهاد ولا لحاجة الغزاة لا يصح عندنا وعنده يصح الخ اذا علم هذا وعرف ان المسئلة مختلف فيها فمنهم من قال بالكراهة ومنهم من قال بعدم الصحة فلا وجه لما فى النهر حيث قال ولو عبر أى المصنف بلا يصح لكان أولى لما استقر من انه لا يلزم من ثبوتها أى الحرمة نفى الصحة والواقع انها لا تصح أيضا انتهى (قوله وحرم بيعها قبلها) للنهى عنه فى الحديث ولانه قبل الاحراز بالدار لم يملك وبعده نصيبه مجهول جهالة فاحشة فيرد البيع رفعا للفساد وان لم يمكن رده ثمنه للغنيمة ولا فرق بين بيع الامام أو غيره در لكن فى الشرنبلالية عن الفتح ما يخالفه حيث قال هذا ظاهر فى بيع الغزاة وأما بيع الامام لها فذكر الطحاوى انه يصح لانه مجتهد فيه ولانه لا بد وان يكون لمصلحة رآها الخ هذا اذا كان البيع للتمول أما لو باع شيئا بطعام فانه يجوز جوهرة (قوله وشرك) مخففا أى اشترك ومشددا أى شرك الامام الردء والمدد للاستواء فى سبب الاستحقاق وهو المجاوزة أو شهود الوقعة وانما ينقطع حق الشركة بالاحراز

او

و) حرم (قسمة الغنيمة فى دارهم لا الايداع) مطلقا وقال الشافعى لا بأس بقسمتها فى دار الحرب بعد تمام انهزام المشركين فان قسمها فى دار الحرب نفذت قسمتها فى قولهم كذا فى الخانية ثم قيل موضع الخلاف فى ترتب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لا عن اجتهاد اما اذا ادى اجتهاده هنا الى ذلك وقسمها جاز اتفاقا وقيل مذهبنا كراهة القسمة فى دار الحرب لا بطلانها (و) حرم (بيعها قبلها) أى قبل القسمة خلافا للشافعى (وشرك الردء والمدد فيها) أى مع المقاتل فى الغنيمة خلافا للشافعى ردء ورده اعانه وارده

أو بقسمة الامام أو بيعه الغنائم ولو ادعى رجل بعد القسمة انه شهد الوقعة وأقام عدلين لم تنقض استحسانا ويعوض بقدر نصيبه من بيت المال بحر عن التتارخانية والفرق بين الردء والمدد ان الاول فعل بمعنى مفعول من ردأته بمعنى أعنته فهو اسم ما يعان به أى الذى أعين به وان لم يقاتل والثانى فعل بمعنى فاعل أى الممد والمعاون الذى أعاننا وصار ممدا كالذى قاتل فالاول محمول على ما كان معينا عند المجاوزة والثانى على من يلحق فى دار الحرب حموى عن قراحصارى وقيل الردء الذين يخدمون المقاتلين وقيل هم الذين وقفوا على مكان حتى اذا ترك المقاتلون القتال قاتلوا وقوله فيها ان جعل الضمير لدار الحرب ففيه اشارة الى ان الامام لو فتح بلدة ثم لحق المدد لم يكن له شئ لانهم صاروا من دار الاسلام ولحوق المدد انما يعتبر فى دار الحرب حموى عن البرجندى (قوله بالكسر) أى بكسر الراء وسكون الدال بعدها همزة نهر (قوله وفى أحد قولى الشافعى له سهم) لانه شهد الوقعة وقال عليه السلام الغنيمة لمن شهد الوقعة ولان الجهاد قد وجد منهم بتكثير السواد فصاروا كالمقاتلين ولنا ان سبب الاستحقاق المجاوزة على قصد القتال ولم يوجد لانهم قصدوا التجارة لا اعزاز الدين وارهاب العدو وان قاتلوا استحقوا السهم لانه بالمباشرة ظهر ان قصدهم القتال والتجارة تبع له فلا يضره كالحاج اذا اتجر فى طريق الحج لا ينقص أجره وما رواه موقوف على ابن عمر وهو محمول على انه شهدها على قصد القتال زيلعى وتحصل من كلامه ان قصد القتال يكفى لاستحقاق الغنيمة فى حق المقاتلة وان لم يوجد قتال بالفعل بخلاف السوقى حيث لا يستحق الا بالقتال وكذا الحربى اذا أسلم فى دار الحرب أو المرتد اذا أسلم ولحق بالجيش لا يستحق شيئا ان لم يقاتل بحر عن المحيط (قوله ولا من مات فيها) والحاصل ان الغازى اذا مات قبل احراز الغنيمة بدار الاسلام لا يورث نصيبه سواء مات فى دار الحرب أو دار الاسلام وان مات بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام يورث نصيبه سواء مات فى دار الحرب أو دار الاسلام برجندى وفى شرح المجمع عن الحقائق ان الغنيمة لو قسمت ثمة كان بمنزلة الاحراز فيورث قال فى الشرنبلالية وينبغى ان يكون كذلك اذا باعها الامام بدار الحرب لحصول الملك قال الحموى وفيه نظر للفرق الظاهر بين القسمة والبيع وأقول ماذكره فى الشرنبلالية بحثا مصرح به فى التتارخانية كما فى البحر ونصه ثم اعلم ان من مات فى دار الحرب انما لا يورث نصيبه اذا مات قبل القسمة وقبل البيع اما اذا مات بعد القسمة أو البيع فى دار الحرب فانه يورث نصيبه كما فى التتارخانية انتهى (قوله مع الاحياء) اجنبى من الكلام فيتعين حذفه (قوله وينتفع الخ) لما روى عن عمر انه قال كنا نصيب فى مغازينا العسل والعنب فنأكله ولا نرفعه رواه البخارى وهذا دليل على ان عادتهم الانتفاع بما يحتاجون اليه ولا فرق فى الطعام بين ان يكون مهيأ للاكل أولا حتى يجوز ذبح المواشى من البقر ونحوها ويردون جلودها الى الغنيمة وكذا الحبوب والسكر والفواكه الرطبة واليابسة وكل ما هو مأكول عادة وهذا الاطلاق فى حق من له سهم أو من يرضخ له منها ولو غنيا ويطعم من معه من الاولاد والنساء والمماليك وكذلك المدد لان له سهما فيها ولا يطعم الاجير ولا التاجر الا ان يكون خبز الحنطة أو طبيخ اللحم فلا بأس لانه ملكه بالاستهلاك وما لا يؤكل عادة لا يجوز تناوله كالادوية والطيب ودهن البنفسج وما اشبه ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام ردوا الخيط والمخيط زيلعى الا اذا حل بأحدهم مرض احتاج فيه الى استعماله نهر عن المحيط (قوله بعلف) ولو بالحنطة عند عدم الشعير (قوله وحطب للاحراق) قيد بالاحراق لان ما هو معد لاتخاذ القصاع والاقداح لا يباح استعماله حموى عن البرجندى (قوله للادهان) مقتضاه ان الدهن بالضم اسم عين فيناسب ما عطف عليه وماذكره العينى من انه بالفتح غير مناسب ولهذا قال فى النهر والظاهر انه بالضم لتناسق المعطوفات انتهى ويوقحون دوابهم اذا احتاجوا اليه زيلعى والتوقيح تصليب حوافرها بالشحم المذاب اذا حفيت من كثرة المشى ونقل عن المصنف بالراء من الترقيح وهو الاصلاح قال هكذا قرأنا على المشايخ قال صاحب المغرب والراء خطأ لان الاولى اولى والبق وتعقبه فى العناية بان ترك الاولى لا يسمى خطأ

بالكسر العون والمدد ما يمد به الشئ أى يزاد ويكثر ومنه أمدّ الجيش بمدد اذا أرسل اليه زيادة (لا السوقى) أى لا يشارك السوقى العسكر مع المقاتل فيها (بلا قتال) وفى أحد قولى الشافعى له سهم (ولا من مات) من الغانمين فيها (فيها) أى فى دار الحرب مع الاحياء حتى لا يرثه وارثه بعد انقضاء الحرب وقال الشافعى من مات بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه (وبعد الاحراز) أى من مات منهم بعد احراز الغنائم (بدارنا يورث نصيبه وينتفع فيها) أى فى دار الحرب (بعلف) للدواب (وطعام) للاكل (وحطب) للاحراق (وسلاح) للاستعمال (ودهن) للادهان

(قوله بلا قسمة) لقوله عليه السلام فى طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها نهر وفى قوله بلا قسمة اشارة الى انه لا يشترط لجواز الانتفاع بهذه الاشياء اذن الامام قرا حصارى وهو مقيد بما اذا لم ينههم وأما مع النهى فلا يباح حموى عن البرجندى قال فى البحر وينبغى ان لا يعمل نهيه فى المأكول والمشروب اذا احتاجوا اليه (قوله ثم شرط الحاجة فى السير الصغير) أى الفقر نهر ومنه يعلم ان ما فى الشرنبلالية حيث جعل قوله فى الدرر عند الحاجة قيدا فى السلاح فقط باتفاق الروايات دون الطعام ونحوه غير مسلم على ان كلامه فى شرح الدرر يفيد اعتبار قيد الحاجة حتى فى الطعام ونحوه شيخنا (قوله و يكره الانتفاع بالثياب والمتاع الخ) كالسلاح والخيل رواية واحدة فى النهر عن ايضاح الاصلاح لاخلاف فى اشتراط الحاجة فيه (قوله بلا حاجة) فلو احتاج الكل الى السلاح والثياب قسمها حينئذ بخلاف السبى اذا احتيج اليه نهر لان حاجتهم للوطء أو للخدمة وكل ذلك من فضول الحوائج زيلعى (قوله ولا يبيعها) اى هذه الاشياء لانه لا ملك له وانما أبيح له التناول للضرورة فان بيعت قبل القسمة رد الثمن الى الغنيمة لانه بدل عين كان للجماعة وان كان بعدها تصدق به أى بالثمن على الفقراء ان كان غنيا كذا فى المحيط وفى التتارخانية اذا دخل العسكر دار الحرب فاصطاد رجل منهم صيدا من بر أو بحر أو أصاب عسلا فى جبل أو جوهرا أو ذهبا أو فضة من معدن مما لا يملكه أهل الحرب فان جميع ذلك يكون مشتركا بينه وبين اهل العسكر فلا يختص به الآخذ فان كان الآخذ باعه توقف على اجازة الامام لانه بيع فضولى نهر ثم الامام ينظر فى ذلك فان كان المبيع غير قائم أو كان الثمن انفع اجاز البيع ورد الثمن الى الغنيمة والا فسخ البيع واسترد المبيع وجعله فى الغنيمة وهذا استحسان والقياس ان لا تعمل الاجازة بعد الهلاك ولو حش حشيشا واستقى ماء وباعه من العسكر جاز وطاب له الثمن بخلاف ما اذا اصطنع الخشب قصاعا حيث يأخذه الامام ويعطيه زيادة الصنعة بحر وانظر ما السر فى تقييد هذه الاشياء بكونها غير مملوكة لاهل الحرب والظاهر ان تقييده لبيان الواقع وانها مادامت فى معدنها فهى غير مملوكة لهم والا فالمانع من ثبوت الملك لهم اذا سبقت يدهم اليها (قوله رد الثمن الى الغنيمة) ظاهره ان البيع نافذ وليس كذلك لان نفاذه يتوقف على اجازة الامام ان كان المبيع قائما حموى ويمكن الجواب عنه بحمل كلامه على ما اذا كان المبيع غير قائم (قوله وبعد الخروج منها لا يجوز الانتفاع) لزوال المبيح وهو الضرورة نهر ولانها صارت للغانمين ولا يجوز أخذ المال المشترك الا باذن الشريك الآخر حموى (قوله وما فضل ردا الى الغنيمة) لزوال الحاجة التى هى مناط الاباحة وهذا التعليل يفيد انه لو كان فقيرا اكله لكن بالضمان كما فى المحيط هذا كله قبل القسمة أما بعدها فان كان غنيا وكانت العين قائمة تصدق بها او بقيمتها لو هالكة وان كان فقيرا انتفع بها نهر ولا شئ عليه ان هلك لانه لما تعذر الرد صار فى حكم اللقطة عينى وقوله فى النهر لزوال الحاجة لا يلائم ما تقدم من ان عدم اشتراط الحاجة هو الاستحسان حموى (قوله ومن أسلم منهم الخ) قبل أخذه فلو بعده فهو عبد لانه اسلم بعد انعقاد سبب الملك فيه ولو بعد أخذ اولاده الصغار وماله احرز نفسه فقط بحر والحاصل ان هنا أربع مسائل احداها أسلم الحربى بداره ولم يخرج الينا حتى ظهرنا عليهم والحكم ما ذكره المصنف ثانيها خرج الينا مسلما ثم ظهر على الدار فجميع ماله هناك فىء الا أولاده الصغار لاسلامهم تبعا له والا ما اودعه مسلما أو ذميا لصحة يدهما ثالثها أسلم مستأمن بدارنا ثم ظهرنا على داره فجميع ما خلفه حتى صغار اولاده فىء لانقطاع العصمة وعدم تبعيتهم له فى الاسلام بتباين الدارين رابعها دخل دارهم مسلم تاجرا وذمى بأمان واشترى منهم أموالا واولادا ثم ظهرنا على الدار فالكل له الا الدور والارضين فانهما فىء شرنبلالية عن الفتح (قوله فى دار الحرب) قيد به للاحتراز عن المستأمن اذا أسلم فى دارنا حيث لا يصير محرزا اولاده وماله باسلامه كما سيذكره الشارح حتى لو ظهرنا على داره كان ذلك فيئا لان تباين الدارين قاطع للعصمة فبالظهور ثبت الاستيلاء على مال غير معصوم أما فى غير الاولاد فظاهر وأما فيهم فلانهم لم يصيروا مسلمين باسلامه لانقطاع التبعية بتباين الدارين فكانوا

من جملة الاموال وقوله فى النهر ولابد أيضا ان يقيد بكونه لم يخرج الينا فان خرج فظهرنا عليهم فجميع ماله فىء الا اولاده الصغار لانه حين أسلم كان مستتبعا لهم فصاروا مسلمين فلا يرد الرق عليهم ابتداء بخلاف غيرهم لانقطاع يده عنهم بالقتال فيقسم كذا فى الفتح اه تعقبه السيد الحموى بانه خطأ فاحش لانه يقتضى ان وديعته الكائنة عند مسلم اوذمى فىء وليس كذلك كما سيأتى فى كلام المصنف فى باب المستأمن حيث قال وان اسلم الحربى ثمة فجاءنا فظهرنا عليهم فولده الصغير حر مسلم وما اودعه عند مسلم اوذمى فهو له وغيره فىء ومن ثم قال الزيلعى فى باب المستأمن ان حكم المسئلتين واحد اذ الاسلام حصل فيهما فى دار الحرب فكل حكم عرف فى تلك فهو الحكم فى هذه واذا كان كذلك فأين يصح التقييد فضلا عن كونه لابد منه وأما ما استند اليه من كلام الفتح فأعجب عجيب لان صاحب الفتح بعد ان ذكر ان جميع ماله هناك فىء الا الاولاد الصغار وكان هذا موهما ان وديعته عند معصوم تكون فيئا دفع هذا بقوله وما أودع مسلما اوذميا فليس فيئا فأنت تراه كيف نظر الى صدر العبارة الموهم لما ادعاه ولم ينظر الى عجزها فكان كما قيل * حفظت شيئا وغابت عنك أشياء * انتهى (قوله اى حفظه فى الحرز) ذكر ضمير النفس على التأويل بالشخص والا فالنفس مؤنثة فسقط ما قيل من ان الصواب التأنيث (قوله اووديعة) عطف على لفظ كل حموى (قوله عند مسلم اوذمى) لانه فى يده حكما اذ يد المودع كيد المودع لانه عامل له فى الحفظ (قوله دون ولده الكبير) لانه غير تابع له نهر (قوله وزوجته) لما قلنا نهر (قوله وحملها) لانه بجزئها وان حكم باسلامه لانه يتبع خير الابوين دينا والمسلم محل للتملك تبعا لغيره فانه لو تزوج أمة الغير كان أولاده مسلمين أرقاء نهر (قوله وقال الشافعى ما فى بطنها مسلم باسلام أبيه) أى فلا يكون فيئا كالولد المنفصل زيلعى ونصه وقال الشافعى لا يكون الحمل فيئا لانه مسلم تبعا لابيه فلا يبتدأ بالرق كالولد المنفصل قلنا المسلم يسترق تبعا كولد الجارية من غير مولاها فكان هذا فى حق التبع بمنزلة البقاء والاسلام لا ينافى بقاء الرق بخلاف المنفصل لعدم الجزئية انتهى اذا علم هذا ظهر ان ما اعترض به السيد الحموى بقوله ليس هذا مناط الخلاف بيننا وبين الشافعى ساقط والحاصل ان كلام الزيلعى يؤخذ منه الجواب عما اعترض به الحموى خلافا لمن وهم فى ذلك (قوله ودون عقاره) وما فيه من زرع لم يحصد لانه فى يد أهل الدار نهر وهو صريح فى ان العقار يصدق بالضيعة (قوله وقيل هو قول أبى حنيفة وأبى يوسف) فأبو يوسف عنه روايتان وافق الشافعى فى احدى الروايتين فقال ان العقار له وأبا حنيفة فى الاخرى فقال انه فىء كذا ذكره شيخنا وصرح فى النهر بأن أبا يوسف مع الامام فى قوله الآخر وقد أشكل هذا على السيد الحموى فقال يتأمل فى اعادة أبى يوسف مع ما سبق واعلم ان مفهوم قوله وقيل هو قول أبى حنيفة وأبى يوسف يفيد ان محمدا يقول العقار كغيره من الاموال وبه صرح فى النهر وهذا الاختلاف ينبنى على ان اليد هل تثبت على العقار أولا (قوله ودون عبده المقاتل) وأمته المقاتلة وحملها لانه جزء الام در لانه بالقتال تمرد على مولاه فخرج من يده وصار تبعا لاهل دارهم وفى هذا خلاف الائمة الثلاثة والظاهر معهم لانه لم يخرج عن كونه ماله نهر عن الفتح (قوله وقيد بالوديعة لان ما غصب من ماله مسلم أوذمى بعد اسلامه يكون فيئا عند أبى حنيفة) قال شيخنا يتأمل فيه صحيح النظر ونقه المسئلة انه اذا غصب من ماله مسلم أوذمى فاسلم فظهرنا عليهم كان المغصوب فيئا عند أبى حنيفة وقال محمد لا يكون فيئا لان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة باسلامه فيتبعها ماله فيها وله انه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام بل هو محرم التعرض فى الاصل لكونه مكلفا ولهذا لم تصر متقومة بالاسلام واباحة التعرض كان لدفع شره وقد اندفع بالاسلام فلهذا لم يتعرض له بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك على ما كان وأبو يوسف مع أبى حنيفة فى رواية ومع محمد فى أخرى قاله الزيلعى وكذا فى البحر وقول الزيلعى ولهذا لم تصر متقومة بالاسلام يعنى اذا قتل فى دار الحرب فلا قصاص ولا دية والحاصل ان الصواب فى كلام الشارح ابدال بعد بقبل وتحمل ان ما غصبه مسلم أوذمى

بعد اسلامه لا يكون فيئا بالاتفاق (قوله لانه اذا أودعه عند حربي يكون فيئا عند أبي حنيفة) لان يده ليست بمحترمة ولا صحيحة حتى جاز لنا التعرض لها زيلعي وهذا ظاهر الرواية عن الامام وعنه انها له نهر وعلى ما هو الظاهر يرد ان ما قام مقام غيره فانما يعمل بوصف الاصل لا بوصف نفسه كالتراب مع الماء فى التيمم فلما كان الحربى قائما مقام المودع المسلم كان الواجب ان تكون يده كيد المسلم وأجيب بأن قيام يد المودع على الوديعة حقيقى وقيام يد المالك عليها حكمى واعتبار الحكمى ان أوجب فاعتبار الحقيقى يمنعها والعصمة لم تكن ثابتة فلا تثبت بالشك عناية والله أعلم

(فصل فى كيفية القسمة) لما فرغ من بيان الغنيمة شرع فى بيان قسمتها وأفردها بفصل لكثرة شعبها وهى جعل النصيب الشائع معينا نهر وهذا هو الصحيح وقال بعض الحساب هى تفريق أحد العددين بقدر ما فى العدد الآخر من الآحاد يعنى تفريق المال المقسوم على عدد آحاد المقسوم عليه وهذا لا يتأتى الا فى الصحاح حموى عن البناية (قوله للراجل) وهو خلاف الفارس كما فى الصحاح ويجمع على رجل كصاحب وصحب حموى عن البناية (قوله وللفارس الخ) ولو فى البحر لتأهبه للقتال فارسا وان غصبه وحضر به استحق سهمه من وجه محظور رفيتصدق به على قياس قول أبي حنيفة ومحمد لا على قياس قول أبي يوسف بحر ولا سهم لفرس مشترك للقتال عليه الا اذا استأجر أحد الشريكين حصة الآخر قبل الدخول فالسهم للمستأجر شرنبلالية وعم اطلاقه ما لو كان الفرس مغصوبا أو مستعارا أو مستأجرا فاسترده المالك وقاتل راجلا وهذا احدى الروايتين وفى رواية له سهم الراجل والراجح الاول ولا بد من ان يكون عدم القتال على الفرس لا بصنعه حتى لو دخل فارسا ثم باع فرسه أو وهبه وسلمه أو أجره أو رهنه ففى ظاهر المذهب لا يستحق سهم الفرسان نهر الا اذا باعه كارها بحر عن التتارخانية قال الشرنبلالى قلت كذلك اذا أكره على غير البيع من الرهن ونحوه ولقائل ان يقول فى صحة الاستثناء نظر لما تقرر من ان الاكراه لا يعدم القصد حموى ويشترط ان يكون الفرس صالحا للقتال فلو صغيرا أو كبيرا أو مريضا غير صالح للقتال عليه كان له سهم الراجل الا اذا زال المرض وصار بحال يقاتل عليه بخلاف ما لو طال مكثه فى دار الحرب حتى صار المهر فرسا وكان الفرق حصول الارهاب بالكبير ولو مريضا بخلاف الصغير بحر وان قتل انسان فرسه قبل شهود الوقعة فضمنه قيمته فهو فارس وان غصبه غاصب فضمنه القيمة فهو راجل حموى عن البرجندى عن الخانية ولو غصب فرسه قبل دخوله أو ركبه آخر أو نفر ودخل راجلا ثم أخذه فله سهمان كذا فى الدر وفى البحر عن التتارخانية غصب فرسه منه قبل الدخول فدخل راجلا ثم استرده فله سهم الفارس وكذا لو ركب رجل عليه ودخل دار الحرب وكذا لو نفر الفرس فاتبعه ودخل راجلا وكذا اذا ضل منه فدخل راجلا ثم وجده فان صاحبه لا يحرم سهم الفرس الخ فقوله وكذا لو ركب رجل الخ يحمل على ما اذا استرده المالك من ذلك الرجل وكذا قوله لو نفر الفرس فاتبعه يحمل على ما اذا أدركه فأخذه والى هذا الحمل أشار فى الدر بقوله ثم أخذه اذ هو قيد فى الكل وبهذا التقرير يظهر لك ما فى عبارة النهر من الخلل حيث قال ولو غصب فرسه قبل الدخول فدخل راجلا ثم استرده أو ركب عليه آخر ودخل دار الحرب أو نفر الفرس أو ضل عنه فاتبعه ودخل راجلا استحق سهم الفارس انتهى لحذفه القيد المصرح به فى البحر عن التتارخانية وهو قوله ثم وجده ومن هنا تعلم ما فى كلام بعضهم حيث نقل عبارة الدر وعزاها للنهر مع ما بين العبارتين من الفرق (قوله وعند صاحبيه والشافعى للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهم) لانه عليه السلام جعل للفرس سهمين ولصاحبه سهما وللامام انه عليه السلام قسم خيبر فأعطى للفارس سهمين وللراجل سهما وحمل الاول على التنفيل نهر (قوله وقال أبو يوسف أيضا يسهم لفرسين) لانه عليه الصلاة والسلام أعطى الزبير يوم خيبر خمسة أسهم وحملاه على التنفيل ولم يذكر الخلاف فى ظاهر الرواية ولا خلاف انه لا يسهم لثلاثة فأكثر نهر (قوله والبراذين) بفتح الباء وبالذال المعجمة جمع برذون بكسر الباء خيل العجم يعنى ما أمه وأبوه عجميان ويقال له الكودن بوكف ويشبه به البليد حموى والمبرذن

لانه اذا أودعه عند حربى يكون فيئا
عند أبى حنيفة خلافا لهما ولما قدمنا
العبد بكونه مقاتلا لان من لم يقاتل
من عبيده فهو له
(فصل فى كيفية القسمة) يقسم
الامام الغنيمة فيخرج خمسها أولا ويقسم
ما وراءه بين الغانمين بأن يكون
للراجل سهم وللفارس سهمان
(ولو) كان (له فرسان) هذا عند أبى
حنيفة وزفر وعند صاحبيه والشافعى
للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهم
وقال أبو يوسف أيضا يسهم لفرسين
أى له أربعة أسهم لفرسين ان دخل
دار الحرب بهما (والبراذين

صاحبه

صاحبه وبرذن قهر وغلب وأعيا عن الجواب قاموس (قوله كالعتاق) وكذا الهجين والمقرف والهجين ما يكون أبوه من البراذين وأمه عربية والمقرف ما يكون أبوه عربيا وأمه برذونة نهر والمقرف بضم الميم وسكون القاف وفتح الراء عينى لكن فى شرح الشواهد بكسر الراء ويوافقه ما فى القاموس مقرف كمحسن كذا فى شرح ابن الحلبى وفى الجمهرة الهجين من الناس الذى امه أمة حموى عن البناية (قوله أى لا يسهم لاجل الجمل) قال فى المصباح الراحلة المركب من الابل ذكرا كان أو انثى ثم قال الجمل من الابل بمنزلة الرجل يختص بالذكر اه فتفسير الشارح الراحلة بالجمل يحتاج لنكتة والتاء فى الراحلة للوحدة أو للنقل من الوصفية الى الاسمية حموى وقوله لا الراحلة يحتمل ان يقرأ بالرفع وبالجر فان كان تقدير الكلام أى لا تكون الراحلة كالعتاق كما ذكره فى النهر كان مرفوعا وان كان تقديره أى لا يسهم لاجل الراحلة كما ذكره الشارح يكون مجرورا وهذا على ما وقع فى بعض نسخ المتن من قوله لا الراحلة (قوله ويكون صاحبها كالراجل) لان الارهاب لا يقع بهما نهر (قوله عند المجاوزة) واعتبرت المجاوزة لانها قتال لانهم يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حال الدوام فلا يعتبر نهر (قوله وفى ظاهر الرواية يستحق سهم راجل) لان عدم القتال عليه بصنع منه (قوله ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان فى الاصح) يخالفه ما فى الدر عن الفتح قال وأقره المصنف من ان السقوط هو الاصح معللا بأنه ببيعه ظهر ان قصده التجارة الخ فاختلف الترجيح لكن ينبغى اعتماد القول بعدم السقوط ففى الهداية ما يقتضى الاتفاق على عدم السقوط ونصه ولو باعه بعد الفراغ من القتال لم يسقط سهم الفرسان وكذا اذا باعه فى حال القتال عند البعض انتهى وفى الدر عن القهستانى التصريح بالاتفاق على عدم السقوط أيضا (قوله ولو باعه فى حال القتال الخ) يوافقه قول القهستانى لو باعه فى وقت القتال فراجل على الاصح كما فى الدر ويخالفه ما نقله السيد الحموى عن البناية معزيا للاتزارى الاصح عندى عدم السقوط انتهى فاذا كان الاصح عنده عدم السقوط ببيعه قبل الفراغ فبعده بالطريق الاولى (قوله وعندنا سهم الراجل) وعن أبى حنيفة أنه يستحق سهم الفارس لوجود القتال منه فارسا حقيقة وهو أقوى من التقدير زيلعى (قوله ثم قال الخليل الخ) فى الصحاح والدرب معروف وأصله المضيق فى البلاد ومنه قولهم أدرب اذا دخل أرض العدو من بلاد الروم اهـ وهو بفتحتين أخى شلبى أى بفتح الدال والراء كذا ذكره شيخنا والمضيق بكسر الضاد انتهى (قوله لكن المراد من الدرب ههنا هو البرزخ الحاجز الخ) مقتضى كلام الشارح ان المراد بالدرب ما هو الاعم من المدخل والباب فيقال لباب السكة درب وللمدخل الضيق درب لانه كالباب لما يفضى اليه والعرب تستعمله فى معنى الباب كذا فى المصباح (قوله أو مدبرا أو مكاتبا) وظاهر ان المبعض كالمكاتب وولد أم الولد كذلك حموى (قوله والمرأة) ظاهر اطلاقه انه لا فرق بين ان تكون حرة أو أمة أو مدبرة أو مكاتبة أو أم ولد حموى وكذا المبعضة (قوله اذا كانت تداوى الجرحى الخ) أو تقاتل فليس التقييد بمداواة الجرحى والقيام على المرضى احترازيا شيخنا وكذا اذا كانت تخدم الغانمين أو تحفظ متاعهم بحر (قوله والصبى) والمجنون كما فى الولوالجية فالمعتوه أولى نهر (قوله اذا قاتل باذن الامام) هذا القيد لم أجده فى شئ من الكتب والظاهر انه ليس للاحتراز كذا قيل وأقول نقل السيد الحموى التقييد به عن شرح الشهاب الشلبى وأقره (قوله والذمى) فيه تصريح بجواز الاستعانة بالكافر فى القتال عند الحاجة وبه قال الشافعى وأحمد خلافا لابن المنذر حموى عن البناية (قوله الرضخ) مبتدأ مؤخر خبره الظرف المقدم حموى ورضخ كمنع وضرب والمرضاخ حجر يكسر به النوى ورضخ زيد شيئا أعطاه كارها قاموس (قوله أى العطاء القليل بحسب ما يرى الامام) لما روى عن ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام كان يغزو بالنساء فيداوين الجرحى ويحذين من الغنيمة وقال أيضا لم يكن للمرأة والعبد سهم الا ان يحذيا من غنائم القوم واما السهم فلم يضرب لهن زيلعى وقوله يحذين بضم الياء وسكون الحاء المهملة وفتح الذال المعجمة أى يعطين وقوله ويحذين من الغنيمة هو قول الشافعى وأحمد فى رواية وقال مالك من الخمس حموى عن البناية (قوله لا السهم) أى

كالعتاق) فيكون لصاحبها سهم آخر
والبرذون التركى من الخيل وخلافه
العراب عتاق الخيل كرائمها جمع
عتيق كرباط وربيط وهو فرس عربى
(لا الراحلة) أى لا يسهم لاجل
الجمل (والبغل) ويكون صاحبها
كالراجل (والعبرة للفارس والراجل
عند المجاوزة) أى مجاوزة الدرب
حتى لو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق
المكان يستحق سهم الفارس اتفاقا
واما لو دخل فارسا ثم باع فرسه أو وهبه
أو آجره أو رهنه ففى رواية الحسن عن
أبى حنيفة يستحق سهم فارس وفى
ظاهر الرواية يستحق سهم راجل ولو
باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان
فى الاصح ولو باعه فى حال القتال سقط
سهم الفرسان فى الاصح وعند الشافعى
يعتبر حال انقضاء الحرب حتى لو دخل
راجلا فاشترى فرسا وقاتل فارسا استحق
سهم الفارس وعندنا سهم الراجل ثم
قال الخليل الدرب الباب الواسع على
السكة وعلى كل مدخل من مداخل
الروم درب من دروبها كذا فى المغرب
لكن المراد من الدرب ههنا هو البرزخ
الحاجز بين الدارين أى دار الاسلام
ودار الحرب حتى لو جاوزت الدرب
دخلت فى دار الحرب ولو جاوزه اهل
الحرب الدرب دخلوا فى دار الاسلام
(وللمملوك) اذا قاتل مطلقا سواء كان
قنا أو مدبرا أو مكاتبا (والمرأة) اذا
كانت تداوى الجرحى وتقوم على
المرضى (والصبى) اذا قاتل باذن
الامام (والذمى) اذا قاتل او دل على
الطريق (الرضخ) اى العطاء القليل
بحسب ما يرى الامام (لا السهم) الا
اذا دل ذمى على الطريق وفيه منفعة
عظيمة للمسلمين

(و) اما (الخمس) فيقسم على ثلاثة اسهم (لليتامى والمساكين وابن السبيل وقدم ذوى القربى الفقراء منهم عليهم) اى قدم الفقراء من ذوى قرابة النبى عليه السلام على الاصناف الثلاثة المذكورة فيدخل ايتام ذوى القربى فى سهم اليتامى ومساكين ذوى القربى فى سهم المساكين وابن السبيل من ذوى القربى فى سهم ابن السبيل ثم يقدم كل صنف منهم على الذين يدخلون فيهم وهو الاصح وهو اختيار الكرخى وقال الطحاوى سقط سهم الفقير منهم (ولاحق لاغنيائهم) اى اغنياء ذوى القربى خلافا للشافعى (وذكره تعالى) بقوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شئ فان لله خمسه (للتبرك وسهم النبى عليه الصلاة والسلام سقط بموته كالصفى) وقال الشافعى يصرف سهم الرسول الى الخليفة الصفى شئ نفيس يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع اوسيف اوجارية اوفرس وانما قال وذكره تعالى احترازا عن قول ابى العالية فانه قال يقسم على ستة اسهم سهم لله تعالى فيصرف الى عمارة الكعبة ان كانت القسمة بقربها والى عمارة الجامع فى كل بلدة هى بالقرب من موضع القسمة (وان دخل جمع ذو منعة دارهم بلااذن) من الامام (خمس)

لايبلغ بالرضخ السهم لانهم لايساوون الجيش فى عمل الجهاد (قوله فحينئذ يزاد على السهم) لان الدلالة ليست من عمل الجهاد فلايلزم التسوية لان مايؤخذ فى الدلالة بمنزلة الاجرة فيعطى بالغا مابلغ حموى عن شرح الشلبى (قوله وأما الخمس) شروع فى بيان حكم الخمس بعد الفراغ من بيان أحكام أربعة الاخماس حموى (قوله لليتامى الخ) أفاد انه يقسم الخمس على ثلاثة أقسام وقال قاضيخان يجوز صرف الخمس الى صنف واحد انتهى ومثله فى البحر عن الفتح وعلله فى البدائع بأن ذكرهم لبيان انهم المصارف لا لايجاب الصرف الى كل صنف منهم فكان لتعيين المصرف حتى لايجوز الصرف الى غيرهم شرنبلالية وفى قوله لايجوز الصرف الى غيرهم نظر لما فى النهر عن منية المفتى ولو وضع الامام الخمس فى الغانمين لحاجتهم اليه له ذلك (قوله وقدم ذوى القربى) ليقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين شرنبلالية وذوو القربى بمعنى القرابة حموى ونقل عن البدائع ان ذوى القربى يعطون كفايتهم والمراد أقرباؤه عليه الصلاة والسلام ذهب بعضهم الى ان المراد جميع من يكون قرشيا وبعضهم الى ان المراد بنو هاشم وحدهم والجمهور على ان المراد قرب النصرة لاقرب القرابة وكان قرب النصرة لبنى هاشم وبنى المطلب لانه عليه السلام أعطاهم من خمس غنائم خيبر ولم يعط بنى عبد شمس وبنى نوفل شيئا مع ان المطلب وعبد شمس ونوفلا كانوا اخوة هاشم فلما سئل عن ذلك علل بأن بنى هاشم وبنى المطلب كانوا فى الجاهلية ينصرونه ولايفارقونه حموى عن البرجندى واعلم ان عبد شمس ونوفلا أخوا هاشم لابيه وأمه والمطلب أخوه لابيه زيلعى وورد انه عليه السلام جاءه عثمان وهو من بنى عبد شمس وجبير بن مطعم وهو من بنى نوفل فقالا انا لانكر فضل بنى هاشم لمكانك الذى وضعك الله فيهم ولكن نحن وبنو المطلب فى القرابة اليك سواء فما بالك أعطيتهم وحرمتنا فقال انهم لم يزالوا معى هكذا وشبك بين أصابعه فى الجاهلية والاسلام يشير الى نصرتهم له لانهم قاموا معه حين أرادت قريش قتله عليه السلام ودخل بنو نوفل وعبد شمس فى عهد قريش زيلعى (قوله وقال الطحاوى سقط سهم الفقير منهم) لانه من قبيل الصدقة فلايحل لهم كاغنيائهم قال الزيلعى والاول أظهر وفى الحاوى القدسى وعن أبى يوسف ان الخمس يصرف لذوى القربى واليتامى والمساكين وأبناء السبيل وبه نأخذ قال فى البحر وهذا يقتضى ان الفتوى على الصرف الى الاقرباء الاغنياء فليحفظ قال فى النهر وفيه نظر بل هو ترجيح لاعطائهم وغاية الامر انه سكت عن اشتراط الفقر فيهم للعلم به انتهى وأقره فى الدر ومحصله انه احتراز عن قول الطحاوى بسقوط سهم الفقير منهم لكن نظر السيد الحموى فى كلام صاحب النهر (قوله ولاحق لاغنيائهم) فان قيل فلافائدة حينئذ فى ذكر اسم اليتيم حيث كان استحقاقه بالفقر والمسكنة لاباليتم أجيب بأن فائدته دفع توهم ان اليتيم لايستحق من الغنيمة شيئا لان استحقاقها بالجهاد واليتيم صغير فلايستحقها شرنبلالية عن البحر (قوله وسهم النبى عليه السلام سقط بموته) لانه حكم علق بمشتق وهو الرسول فيكون مبدأ الاشتقاق علة وهو الرسالة ولارسول بعده نهر (قوله كالصفى) بفتح الصاد وكسر الفاء والياء المشددة وهو ما كان عليه السلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة قبل القسمة نهر وكانت صفية من الصفى (قوله وان دخل جمع الخ) فى المحيط عن أبى يوسف انه قدر الجماعة التى لامنعة لها بسبعة والتى لها منعة بعشرة حموى عن البناية ونقل شيخنا عن العناية مايقتضى تقدير ذى المنعة بتسعة بالباء والتاء قبل السين ونصه المنعة السرية قال أبو حنيفة اذا دخل الرجل وحده فغنم ولاعسكر فى أرض الكفر للمسلمين لايخمس ماأخذه حتى يصيروا تسعة فاذا بلغوا ذلك فهم سرية اه (قوله ذو منعة) أى قوة بفتح الميم والنون قال فى الصحاح وقد تسكن وذكر البرجندى ان المنعة جمع مانع والمراد بها الاعوان والانصار الذين يمنعون من قصده من الاعداء وقيل المراد بالمنعة القوة فعلى هذا تسكن نونه حموى (قوله بلااذن من الامام) وافهم كلامه انه لوكان بالاذن خمس بالاولى وفى منية المفتى دخل أربعة خمس ولوثلاثة لا وفى التتارخانية لو كان بعضهم باذن الامام وبعضهم بلااذنه ولامنعة لهم فالحكم فى كل واحد منهم حالة الاجتماع كما فى حالة الانفراد نهر وهذا يبتنى على ماهو

المشهور

أى بأخذ الامام خمس (ما أخذوا والا) أى وان لم يدخل جماعة بل دخل واحد او اثنان أودخل جمع غير متلصصين لامنعة لهم بلااذن الامام (لا) يأخذ الخمس خلافا للشافعى (وللامام) أى يجوز للامام (ان ينفل) ويحرض به عليه قبل الفتح واحراز الغنيمة وقيل ان تضع الحرب أوزارها (ولو نفل بعد الفتح والهزيمة لم يجز) أملا التنفيل اعطاء شئ زائد على سهام الغانمين والنفل الزيادة (بقوله من قتل قتيلا)

المشهور من انه يكفى لاخذ الخمس وجود الاذن من الامام بدخولهم دار الحرب وان لم يكن لهم منعة لا على مقابله من عدم أخذ الخمس عند عدم المنعة مطلقا ولو كان الدخول باذن الامام (قوله أى بأخذ الامام خمس ما أخذوا) لانه مأخوذ من دار الحرب قهرا فكان غنيمة فيخمس عينى (قوله والالا) لانه اختلاس وسرقة عينى واطلاقه يشمل مالو كان بالاذن وليس كذلك على المشهور لانه بالاذن التزم نصرتهم ويشمل مالو كان بأرض الكفر عسكر للمسلمين وليس كذلك أيضا الاترى الى ماسبق عن العناية حيث قيد عدم الخمس فيما اذا دخل رجل وحده فغنم بما اذا لم يكن بأرض الكفر عسكر للمسلمين (قوله ان ينفل) يقال نفل نفلا بالتخفيف ونفله تنفيلا بالتشديد لغتان فصيحتان والنفل بفتحتين الغنيمة وجمعه انفال حموى عن البناية واعلم ان شرط جواز التنفيل ان يكون قبل الاحراز بدار الاسلام بدليل ماسيأتى من قول المصنف وينفل بعد الاحراز من الخمس فقط وكذا نقل السيد الحموى عن البرجندى ان التنفيل بعد القتال قبل الاحراز جائز أخذا من قوله فى الهداية لاينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام لان حق الغانمين تأكد فيه بالاحراز انتهى وعلى هذا فلافرق فى جواز التنفيل بين ان يكون قبل القتال أو بعده حيث كان قبل الاحراز خلافا لما يتوهم من تقييد القدورى والدرر والتنوير جواز التنفيل بما اذا كان حالة القتال ولهذا توقف فى النهر فقال ولم أر جوازه قبل المقاتلة وتعقبه الحموى بأنه لاخلاف فى جوازه بل هو احتراز عن التنفيل بعد الاصابة كما فى الظهيرية انتهى أى اصابة الغزاة الغنيمة وأقول سيأتى فى كلام الشارح مايقتضى موافقة القدورى والظهيرية وهو قوله ولو نفل بعد الفتح والهزيمة لم يجز وهذا هو الراجح بدليل مافى النهر عن السراج حيث قال وقيل ماداموا فى دار الحرب يملكه انتهى فتعبيره بكلمة قيل مشعر بضعفه وقد ظهر لى ان مامشى عليه الشارح لاينافى كلام المصنف ولاماسبق عن الهداية أيضا اذ غاية مايستفاد من كلامهما عدم جواز التنفيل بعد الاحراز وهذا لايقتضى الجواز قبله خلافا لما فهمه البرجندى (قوله ولو نفل بعد الفتح والهزيمة لم يجز) يعنى وان كان قبل الاحراز واعلم ان التنفيل مندوب لما فيه من التحريض على القتال ولاينافيه تعبير القدورى بلابأس لانه ليس مطردا لماتركه أولى بل يستعمل فى المندوب أيضا قاله المصنف ولهذا عبر فى المبسوط بالاستحباب در ومنه يعلم ان الشارح لو ابدل قوله أى ويجوز للامام ان ينفل بقوله يستحب أو يندب لكان أولى فان قلت التحريض على القتال مأمور به بنص قوله تعالى ياأيها النبى حرض المؤمنين على القتال فيكون واجبا قلت الواجب مطلق التحريض ولو بغير التنفيل كالموعظة الحسنة وكونه بخصوص التنفيل مندوب لكونه ادعى الى المقصود نهر ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين وأما الملك فيثبت بالاحراز بدار الاسلام عندهما وعند محمد يثبت الملك قبل الاحراز كما لو قسم الغنيمة فى دار الحرب وتظهر فائدة الخلاف فيما اذا أصاب المنفل جارية واستبرأها لم يحل له وطؤها وبيعها فى دار الحرب عندهما وعند محمد يحل حموى عن البرجندى وأجمعوا ان المتلصص لو أخذ جارية فى دار الحرب واستبرأها لايحل له وطؤها نهر وسماع القاتل مقالة الامام ليس بشرط فلو نفل السرية الربع وسمع العسكر دونها فلهم النفل تنوير واعلم ان المنفل له لومات بدار الحرب كان السلب لورثته ولاخمس فيه خانية والظاهر ان ارث السلب بموته فى دار الحرب انما هو قول محمد لثبوت الملك عنده بنفس التنفيل ولهذا قال يحل وطء الجارية فى دار الحرب بعد الاستبراء والا فيشكل القول بارثه على قول الامام الاول والثانى شيخنا (قوله من قتل قتيلا فله سلبه) واعلم ان الامام لو قتل بنفسه رجلا بعد ماقال ذلك ففى القياس لايستحق وفى الاستحسان يستحق ظهيرية ووجه القياس ان المتكلم لايدخل فى عموم كلامه حموى ووجه الاستحسان انه ليس من باب القضاء وانما هو من باب استحقاق الغنيمة ولهذا يدخل فيه كل من يستحق الغنيمة سهما أورضخا فلايتهم بخلاف ماأذا قال من قتلته أنا فلى سلبه لانه خص نفسه فصار متهما وبخلاف مااذا قال من قتل منكم قتيلا فله سلبه لانه ميز نفسه ويشترط لاستحقاق السلب بقتله ان يكون مباح القتل حتى لايستحق السلب بقتل النساء والصبيان والمجانين لان التنفيل

تحريض على القتال وانما يتحقق فى المقاتل حتى لو قاتل الصبى فقتله استحق سلبه لانه مباح الدم ويستحق بقتل المريض والاجير منهم والتاجر فى عسكرهم والذمى الذى نقض العهد وخرج اليهم لان بنيتهم صالحة للقتال اذهم مقاتلون برأيهم ولا ينبغى ان ينفل بكل المأخوذ وذكر فى السير الكبير اذا قال الامام للعسكر ما أصبتم فهو لكم بعد الخمس أولم يقل بعد الخمس لا يجوز لان المقصود من التنفيل التحريض وانما يحصل ذلك بتخصيص البعض بشئ وفيه ابطال تفضيل الفارس على الراجل وابطال الخمس فلا يجوز زيلعى واذا اشترك رجلان فى قتل حربى اشتركا فى سلبه ان قاومهما وان كان عاجزا فسلبه غنيمة وان قيده الامام بقوله وحده لا يستحقان سلبه ولو كان الخطاب لواحد فشاركه آخر استحق المخاطب وحده ولو خاطب واحدا فقتل المخاطب رجلين فله سلب الاول خاصة الا اذا قتلهما معا فله سلب واحد والخيار فى تعيينه للقاتل لا للامام ويقع هذا اللفظ على كل قتال فى تلك السفرة مالم يرجعوا وان مات الوالى أو عزل مالم يمنعه الثانى بحر ثم اذا مات المقتول على فوره أو تاخر موته ولم تقسم الغنيمة قبل موته فالسلب للقاتل لا ان مات بعد القسمة لانه بالاحراز تأكد ملك الغانمين فيه وان اختلف القاتل والغانمون فى موته قبلها أو بعدها فالقول قولهم لانهم ينكرون ولو اثخنه واحد وقتله آخر فالسلب لمن أثخنه ولو سلبه المشركون ثم وقع سلبه فى الغنيمة لا يأخذه القاتل ولو جروه ولم يسلبوه ثم ظهر عليه المسلمون فسلبوه فهو للقاتل والفرق انهم يملكون السلب فانقطع ملك القاتل واذا لم يسلبوه لم يملكوا منه شيئا زيلعى (قوله تسمية الشئ بما يؤول اليه) يشير الى انه من مجاز الاول وقيل سمى قتيلا لقربه من القتل مجازا واقول قال الزركشى معنى قولهم اسم الفاعل حقيقة فى الحال أى حال التلبس بالفعل لا حال النطق فان حقيقة الضارب والمضروب لا تتقدم على الضرب ولا تتأخر عنه فهما معه فى زمن واحد قال ومن هذا ظهر ان قوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا فله سلبه ان قتيلا حقيقة وان ماذكروه من انه سمى قتيلا باعتبار مشارفته القتل لا تحقيق فيه انتهى وصرح القرافى فى شرح التنقيح بان المشتق انما يكون حقيقة فى الحال مجازا فى الاستقبال مختلفا فيه فى الماضى اذا كان محكوما به اما اذا كان متعلق الحكم كما هنا فهو حقيقة مطلقا يعنى سواء كان بمعنى الحال أو الاستقبال أو الماضى اجماعا وحينئذ فلا مجاز حموى (قوله بقوله للسرية) أى بخطابه لان القول اذا عدى باللام كان بمعنى المخاطبة حموى (قوله بعد الخمس) ليس بقيد اذ لو نفل بربع الكل جاز لان له ان ينفل السرية بالكل فهذا أولى نهر (قوله بعد الاحراز) هذا فيما غنمه وصار بيده اما التنفيل بما يحصل من أهل حرب دخلوا دارنا فكالحكم حال قتالهم بدارهم شرنبلالية (قوله أى لا من أربعة الاخماس) لان حق الغانمين به تأكد ولا حق لهم فى الخمس فجاز ان ينفل منه لا يقال فيه ابطال حق الاصناف الثلاثة وهو أيضا لا يجوز لانا نقول الدفع الى الغزاة باعتبار انهم من الفقراء لان المستحق فقير غير معين فاذا جاز صرفه لفقير غير مقاتل فصرفه للفقير المقاتل أولى حموى عن شرح الحلبى وهو صريح فى اشتراط الفقر ولهذا قال فى الذخيرة لا ينبغى للامام ان يضعه فى الغنى لان الخمس حق المحتاجين فجعله للاغنياء ابطال حقهم قال فى البحر لكن تصريحهم بانه تنفيل يدل على جوازه للغنى ومن العجب قول الزيلعى لا يجوز للغنى فان ظاهر ما فى الذخيرة عدم الحرمة وأقول ممنوع بل هو ظاهر فى الحرمة كما قال الزيلعى لان ابطال حق الغير لا يجوز نهر (قوله والسلب للكل ان لم ينفل) لقوله عليه السلام لحبيب بن أبى سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك ولانه أخذ بقوة العسكر فيكون غنيمة نهر (قوله وقال الشافعى السلب للقاتل) لقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه ولنا قوله تعالى واعلموا ان ما غنمتم من شئ فان لله خمسه وهو غنيمة لانه مأخوذ بقوة الجيش وما رواه يحتمل التنفيل فيحمل عليه توفيقا بينه وبين ما تلونا من قوله عليه السلام ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك زيلعى (قوله وقد قتله مقبلا) فيه ان الحديث الذى استدل به ليس فيه اشتراط ذلك (قوله فى حقيبته) الحقيبة واحدة الحقائب واحتقبه واستحقبه بمعنى أى احتمله ومنه قيل احتقب فلان الاثم كأنه جمعه

صحاح

تسمية الشئ بما يؤول اليه (فله سلبه و) للامام ان ينفل ويحرض (بقوله للسرية جعلت لكم الربع) أو النصف وما أشبه ذلك (بعد الخمس) أى بعد رفع الخمس (وينفل بعد الاحراز من الخمس فقط) أى لا من أربعة الاخماس وانما قيد بقوله بعد الاحراز لان قبل الاحراز ينفل من الكل أو من أربعة الاخماس (والسلب للكل ان لم ينفل) أى اذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره فيه سواء وقال الشافعى السلب للقاتل اذا كان من أهل ان يسهم له وقد قتله مقبلا (وهو) أى السلب (مركبه) وما عليه من السرج والآلة (وثيابه وسلاحه) وما على الدابة من ماله فى حقيبته أو على وسطه لا عبده وما معه ودابته وما عليها وما فى بيته

صحاح وفى المصباح الحقيبة العجيزة ثم سمى ما يحمل من القماش على الفرس خلف الراكب حقيبة مجازا لانه محمول على العجز انتهى من تسمية الحال باسم المحل شيخنا

(باب استيلاء الكفار بعضهم على بعض أو على أموالنا)

والاضافة من قبيل اضافة المصدر للفاعل عينى فى البناية واقول بل هو من اضافة المصدر للفاعل والمفعول معا والمعنى ان يستولى بعضهم على بعض على حد قوله تعالى تحيتهم يوم يلقونه سلام أى يحيى بعضهم بعضا بل ماهنا اظهر والاستيلاء عبارة عن الاقتدار على المحل حالا بالانتفاع بالمال وما لا بالادخار الى الزمن الثانى حموى (قوله سبى الترك الروم) يشير الى ماقاله بعضهم من ان الحربى يملك الحربى بالقهر مطلقا سواء كان من معتقده ذلك أولا وبعضهم ذهب الى انه انما يملكه اذا رأى ذلك واعتقده واليه اشار محمد وهكذا ذكر الفضلى فى فتاواه وعن محمد فى النوادر لا يملكه أصلا حموى عن الظهيرية (قوله الترك) جمع تركى اعلم ان ما يفرق بينه وبين واحده بالتاء أو الياء فيه ثلاثة أقوال قيل انه جمع وقيل انه اسم جمع والمختار انه اسم جنس جمعى واذا كان كذلك فلا حاجة الى ماقيل الصواب انه اسم جنس جمعى لان المشى على خلاف المختار لا يعد خطأ (قوله من البلدين) الظاهر التنكير حموى ولم يقل الصواب لحمل ال على الجنس اذا لم يكن ثم معهود كما هنا لان الحكم غير قاصر على الترك والروم كما نبه عليه الشارح بقوله والتقييد بهما اتفاقى شيخنا (قوله ملكوها) لوجود الاستيلاء على مال مباح اذ وضع المسئلة فيما اذا كان الكل فى دار الحرب فيحل الشراء منهم نهر والظاهر من كلام المصنف ان الملك يثبت لهم باستيلاء بعضهم على بعض قبل الاحراز شرنبلالية ونصها الاحراز بدارهم قيد لغلبتهم على مالنا خاصة دون ما استولوا عليه من اموال بعضهم لانه ذكر فى الهداية مسئلة استيلائهم على اموالنا مقيدة بالاحراز بدارهم واطلق غيرها عنه اه وفيه نظر ظاهر كما سيأتى وما فى الهداية ككلام المصنف يحمل على ما اذا وجد الاحراز (قوله وملكنا مانجد من ذلك) ولو كان بيننا وبين المأخوذ منهم موادعة لانا لم نغدرهم ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة فاقتتلوا فى دارنا لا نشترى من الغانمين شيئا لفقد الملك لعدم الاحراز نهر عن المحيط وهو ظاهر فى انه يشترط الاحراز لثبوت الملك لهم باستيلاء بعضهم على بعض خلافا لما فهمه الشرنبلالى من الهداية كما سبق وفيه عن منية المفتى اذا باع الحربى ولده من مسلم فى دار الحرب عن الامام انه يجوز ولا يجبر على الرد وعن أبى يوسف انه يجبر اذا خاصم الحربى ولو دخل دارنا بأمان مع ولده فباع الولد لا يجوز فى الروايات كلها انتهى لان الولد دخل دارنا بالامان وفى اجازة بيعه نقض الامان حموى عن الولوالجى وما وقع فى عبارة بعضهم معزيا الى منية المفتى من قوله عن الامام انه لا يجوز ولا يجبر على الرد صواب العبارة يجوز بحذف لا النافية كما هو بخط شيخنا والسيد الحموى والدليل عليه قوله ولا يجبر أى المسلم على الرد اذ لو كان غير جائز لا جبر عليه ويدل عليه أيضا ما قدمناه من الولوالجى من التعليل (قوله من الاموال المأخوذة) أى والانفس المسبية ففى كلامه اكتفاء فاسم الاشارة راجع اليهما على حد لا فارض ولا بكر عوان بين ذلك حموى وقوله عوان بين ذلك أى بين الفارض والبكر أشار اليهما بما يشار به الى الواحد لتأوله بالمذكور فاسم الاشارة عبارة عن الفارض والبكر قال فى المدارك لا فارض أى مسنة سميت فارضا لانها فرضت سنها أى قطعتها وبلغت آخرها وارتفع فارض لانه صفة للبقرة وقوله ولا بكر فتية عطف عليه عوان نصف بين ذلك بين الفارض والبكر ولم يقل بين ذينك مع ان بين تقتضى شيئين فصاعدا لانه أراد بين هذا المذكور اه (قوله وأحرزوها بدارهم) ملكوها لان العصمة من الاحكام الشرعية وهم لم يخاطبوا بها فبقى فى حقهم مالا غير معصوم فيملكونه نهر عن ابن الساعاتى وأفاد المصنف انهم لو أسلموا فلا سبيل لاربابها عليها بحر عن الطحاوى وقيد المسئلة بالاحراز لانه قبل الاحراز بدار الحرب لم يملكوها حتى لو ظهر المسلمون عليهم قبل الاحراز فاستردوا الاموال فانها تكون لمالكها بلا شئ حموى عن البرجندى وكذا

(باب استيلاء الكفار) (اذا سبى الترك الروم) الترك جمع تركى والروم جمع رومى والتقييد بهما اتفاقى لان المراد بهما الكفار من البلدين (وأخذوا أموالهم) أى الترك (ملكوها وملكنا مانجد من ذلك) أى من الاموال المأخوذة (ان غلبنا عليهم) أو على الترك (وان غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها)

اذا اشترى تاجر شيئا مما أخذوه قبل احرازهم بها او وجده مالكه فى يده أخذه بلا شئ درر (قوله وقال الشافعى لايملكونها) لان استيلاء الكفار محظور لورود على مال معصوم والمحظور لا يصلح سببا للملك وانا ما سبق من ان العصمة من الاحكام الشرعية وهم غير مخاطبين بها فبقى فى حقهم غير معصوم فيملكونه (قوله قبل القسمة) بين المسلمين لا بين الكفار درعن الدرر (قوله أى بلا بدل) لان الشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر (قوله أخذه بالقيمة) لان فى الاخذ بعد القسمة ضررا بالمأخوذ منه بازالة ملكه الخاص فيأخذه بالقيمة ان شاء ليعتدل النظر من الجانبين ولو كان عبدا فأعتقه من وقع فى سهمه نفذ عتقه وبطل حق المالك وان باعه أخذه بالثمن وليس له نقض البيع فان قيل لو ثبت الملك للكافر بالاستيلاء على مال المسلم لما ثبت ولاية الاسترداد للمالك القديم من الغازى الذى وقع فى سهمه او من الذى اشتراه من أهل الحرب بدون رضا واجيب بان بقاء حق الاسترداد لحق المالك القديم لا يدل على قيام الملك له الا ترى ان للواهب الرجوع فى الهبة والاعادة الى قديم ملكه بدون رضا الموهوب له مع زوال ملك الواهب فى الحال وكذا الشفيع يأخذ الدار من المشترى بحق الشفعة بدون رضا المشترى مع ثبوت الملك له ذكره الاكمل فى شرح الهداية (قوله وبالثمن الخ) هذا اذا اشتراه بنقد وان اشتراه بعرض أخذه بقيمة العرض ولو البيع فاسدا يأخذه بقيمة نفسه وكذا لو وهبه العدو عينى ولو اشتراه بخمر او خنزير لم يكن للمالك أخذه كما فى التتارخانية ومقتضى ما مر أنه يأخذه بقيمة نفسه وبه صرح فى السراج هذا كله اذا كان قيميا فلو كان مثليا وقد اشتراه صحيحا بمثله قدرا ووصفا لا يأخذه لانه لو أخذه يأخذه بمثله وهو لا يفيد الا اذا اشتراه بأقل منه قدرا او بارد أمنه فله ان يأخذه لانه مفيد ولا يكون ربا لانه يستخلص ملكه فصار فداء لا عوضا زيلعى لكن فى تقييده الشراء بالصحيح نظر لانه اذا كان مثليا وقد أخذه بمثله قدرا ووصفا لا يأخذه المالك القديم مطلقا سواء كان البيع صحيحا او فاسدا بحر (قوله لو اشتراه تاجر منهم) أى اشترى ما أخذه العدو منهم تاجر واخرجه الى دار الاسلام زيلعى فظهر ان قول العينى أى الشئ الذى وجده صاحبه بعد القسمة غير صحيح حموى والقول فى مقداره قول المشترى بيمينه الا ان يقيم المالك البينة ولو أقاما فالبينة بينة المالك أيضا خلافا لابى يوسف نهر وبحر وفى الزيلعى من الشفعة ما يخالفه حيث قال وان أقاما البينة فالبينة للشفيع وهذا قول ابى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى البينة بينة المشترى لانها تثبت الزيادة كما اذا اختلف المشترى والبائع او الوكيل بالشراء مع الموكل فى مقدار الثمن او المشترى من العدو مع المالك القديم فى ثمن العبد المأسور وأقاما البينة فبينة البائع والوكيل والمشترى من العدو أولى لاثبات الزيادة انتهى (قوله وان فقئ عينه) يعنى لا يحط عنه شئ من الثمن لان ما يعطى فداء وليس ببدل والفداء لا يقابل بشئ من الاوصاف حموى وكذا لو فقأها المشترى والعقر كالارش نهر ولا فرق بين ما لو كانت الاوصاف مقصودة بالاتلاف أم لا زيلعى (قوله وأخذ ارشها) كذا فى غالب النسخ والوافى وفى بعضها بتذكير الضمير وكلا الوجهين صحيح فوجه تأنيث الضمير كون العين مؤنثة سماعا بناء على أنها المرجع ووجه التذكير جعل مرجع الضمير هو المفقوء عينه (قوله وعند محمد ان المولى يسقط عنه حصة الارش) الذى بخط الحموى وعن (فرع) أمر الاسير رجلا ان يفديه بألف ففداه بألفين لم يرجع الا بالالف بخلاف الوكيل بالالف اذا اشترى بألفين حيث لا يرجع بشئ ويكون مشتريا لنفسه حموى عن الولوالجى ومقتضاه ان له الرجوع على الاسير بمجرد الامر وان لم يشترط الرجوع وبه صرح فى الدر من كتاب الهبة (قوله أخذ المشترى الاول من المشترى الثانى الخ) بغير رضاه لان الاسر ورد على ملكه فكان حق الاخذ له نهر (قوله بالثمنين) لانه قام عليه بهما ودل كلامه انه ليس للقديم ان يأخذه من الثانى ولو كان الاول غائبا او حاضرا ابى عن اخذه لان الاسر ما ورد على ملكه ولو اشتراه من الثانى لم يكن للقديم أخذه لان حق الاخذ انما يثبت له فى ضمن عود ملك الاول القديم وبالشراء انما ثبت له ملك جديد نهر (قوله ولم يملكوا حرنا) ومثله حر من فى ذمتنا لانهم ليسوا محلا للتملك حموى (قوله ومدبرنا) ظاهر فى المدبر المطلق

وأما المدبر المقيد فهل يملكونه وتعليلهم بان الاستيلاء انما يكون سببا للملك اذا لاقى محلا قابلا للملك فيه اشارة الى انهم يملكون المقيد حموى (قوله ومكاتبنا) وجه عدم ثبوت الملك لهم فيما ذكر ان السبب لا يفيد الحكم الا فى محله وهؤلاء ليسوا بمحل والاصل ان كل ما لا يملك بالارث لا يملك بالاسر والاسترقاق حموى (قوله يملكون القن) والقنة ولو مسلما زيلعى (قوله ونملك عليهم جميع ذلك) لان الشرع أسقط عصمتهم جزاء لجناياتهم وجعلهم ارقاء عينى (قوله ملكوه) لتحقق الاستيلاء عليه عينى (قوله لان المراد به الدابة) من اطلاق الخاص وارادة العام مجازا حموى (قوله ند البعير نفر ندودا من باب ضرب) هذا المصدر ليس بقياسى والقياس ندا حموى وأصله ندادا فهو مصدر قياسى لفعل اللازم شيخنا (قوله ولو أبق اليهم قن الخ) سواء كان لمسلم او ذمى نهر وسواء كان مسلما او ذميا حموى وهو مخالف لما فى الكافى والغاية والبحر من تقييده بالمسلم أما الكافر والمرتد اذا ابق اليهم يملكونه بالاتفاق شيخنا وأبق من باب تعب وقتل والاكثرون من باب ضرب (قوله وقالا يملكونه) لان العصمة لحق المولى ضرورة انتفاعه به وذلك بقيام يده وقد زالت ولابى حنيفة انه آدمى ذو يد صحيحة حتى اذا أودع وديعة لم يكن للمولى حق القبض فاذا زالت يد المولى عنه بتباين الدارين ظهرت يده على نفسه فلم يبق محلا للملك زيلعى والتقييد بالقن اتفاقى فالحكم فى القنة كذلك وخص القن لان الاباق فيه اكثر وقيد بقوله اليهم لانه لو أبق الى اهل الذمة لا يملكونه اتفاقا حموى عن المفتاح والخلاف فيما اذا أخذوه قهرا وقيدوه اما اذا لم يكن قهرا فلا يملكونه اتفاقا وان أخذوه من دار الاسلام ملكوه اتفاقا وكذا لو ارتد فأبق اليهم وفى العبد الذمى اذا أبق قولان بحر عن الفتح (قوله وقالا يأخذ العبد وما معه بالثمن ان شاء) بناء على ما مر من انهم يملكونه عندهما خلافا له قيل كان ينبغى على قوله ان يأخذ الكل مجانا لان العبد لما ظهرت يده على نفسه ظهرت على ما فى يده فتمنع ظهور يد الكافر وأجيب بان غايته انه صار له يد بلا ملك لان الرق ينافيه فيملكه الكفار بالاستيلاء نهر أى يملك الكفار ما فى يده يوضحه قول الزيلعى قلنا ظهرت يد العبد على نفسه مع المنافى وهو الرق فكانت الظاهرة من وجه دون وجه فجعلناها ظاهرة فى حق نفسه غير ظاهرة فى حق المال انتهى (قوله أى اشترى حربى مستأمن الخ) قيد بشراء المستأمن لان الحربى لو أسر العبد المسلم وأدخله داره لا يعتق اتفاقا للمانع من عمل المقتضى عمله وهو حق استرداد المسلم نهر (قوله خلافا لهما) لان دار الحرب لا تنافى الملك فبقى فى يده عبدا على ما كان وكان استحقاق الازالة بالبيع وقد انتهى بالدخول الى دار الحرب وله انه استحق الازالة عن ملك الكافر كيلا يبقى تحت ذله ولا يذهب ماله بلا عوض ما دام فى دار الاسلام واذا عاد اليها سقطت عصمته وعجز القاضى عن اخراجه عن ملكه فيعتق عينى (قوله او آمن عبد حربى ثمة) قيد ايمانه بكونه فى دار الحرب لانه لو خرج الى دار الاسلام بغير أمان وأسلم ههنا ينبغى ان يكون قنا عند ابى حنيفة عتيقا عندهما قياسا على ما اذا دخل حربى بغير امان فأسلم ههنا فأخذه مسلم ههنا فانه يكون فيئا عنده حرا عندهما حموى عن البرجندى (قوله أى غلبنا عليهم عتق العبد) لما ورد عن ابن عباس انه قال أعتق عليه السلام يوم الطائف من خرج اليه من عبيد المشركين رواه أحمد عينى ومعنى أعتق قضى وحكم شيخنا (قوله فهو عبد على حاله) الى ان يشتريه مسلم أو ذمى أو حربى فى دار الحرب وفى شرح الطحاوى اذا لم يخرج الينا ولم نظهر عليهم لا يعتق الا اذا عرضه المولى على البيع من مسلم أو كافر فحينئذ يعتق قبل المشترى أو لم يقبل لانه لما عرضه فقد رضى بزوال ملكه والتقييد باسلامه فى دار الحرب اتفاقى اذ لو خرج مراغما من فى دار الاسلام فالحكم كذلك بخلاف ما اذا خرج باذن مولاه لحاجة فأسلم فى دارنا فان الامام يبيعه ويحفظ ثمنه لمولاه الحربى لانه لما دخل بامان صارت رقبته داخلة فيه بحر وقوله مراغما أى معاديا مباغضا واعلم ان عتقه فيما اذا اسلم عبد الحربى ولم يخرج الينا فباعه أو عرضه على البيع قول أبى حنيفة فقط شرنبلاليه والحاصل ان العبد يعتق بلا اعتاق فى تسع صور ولا ولاء لاحد عليه لانه عتق حكمى در بخلاف ما لو اعتق حربى عبدا حربيا فى دار الحرب وهو فى يده ولم يخله أى قال له آخذا بيده أنت حر لا يعتق حتى لو أسلم والعبد

عنده فهو ملكه وعند أبى يوسف ومحمد يعتق لصدور ركن العتق من أهله بدليل صحة اعتاقه عبدا مسلما فى دار الحرب لكونه مملوكا لابى حنيفة انه معتق بلسانه مسترق ببدنه لان الملك كان ولم يثبت باستيلاء جديد وهو أحسن لانه يده فى دار الحرب بخلاف ما اذا كان مسلما لانه ليس بمحل التملك بالاستيلاء زيلعى

(باب المستأمن)

أى الطالب للامان وبعد حصول الامان مستأمن بفتح الميم قال فى النهر لما كان الاستئمان انما يكون بعد القهر الذى به يكون الاستيلاء اخره عنه وتقديم استئمان المسلم على الكافر ظاهر (قوله حربيا كان أو مسلما) فيه قصور فى بيان الاطلاق والاولى ان يقال حربيا كان أو معصوما ليشمل الذمى حموى (قوله دخل تاجرا) أضاف الدخول اليه ايماء الى انه بأمان لانه لا يدخل الا به حفظا لما بيده وفى اضافته ليناء أيضا الى اسلامه نهر (قوله حرم تعرضه الخ) لانه ضمن بالاستئمان ان لا يتعرض لهم فالتعرض لهم بعد ذلك يكون غدرا وكذا لو اغار قوم من أهل الحرب على أهل الدار التى بها المستأمن لا يتعرض لهم أيضا الا اذا خاف على نفسه لانه ان لم يخف يكون لاعلاء كلمة الكفر بحر عن المبسوط (قوله لشئ منهم) أى مما هو مملوك لهم اما ما لا يملكونه كزوجة التاجر ومدبرته وأم ولده فانه يباح له التعرض لكن لا يطأهن الا بعد انقضاء العدة اذا وطئهن أهل الحرب بخلاف أمته المأسورة حيث لا يطأها مطلقا وان لم يطأها أهل الحرب لثبوت ملكهم فيها بحر (قوله لانه اذا غدر ملكهم الخ) وكذا لو أسر واقوما فمروا بهم على المستأمنين وجب عليهم ان ينقضوا عهودهم ويقاتلوهم اذا قدروا عليه لانهم لا يملكون رقابهم فتقريرهم فى ايديهم تقرير على الظلم ولم يضمنوا لهم ذلك بخلاف الاموال لانهم ملكوها بالاحراز وقد ضمنوا لهم عدم التعرض لاموالهم وكذا لو كان المأخوذ ذرارى الخوارج لانهم مسلمون بحر وظاهر ان التقييد بالمرور عليهم اتفاقى (قوله أو غدر الملك بعلمه) من هنا تعلم ما فى كلام العينى من المؤاخذة حيث أطلق فى محل التقييد (قوله لان الاسير الخ) وكذا المتلصص لانهما غير مستأمنين اذ لم يوجد منهما الالتزام لكن ليس للاسير ان يستبيح فروجهم زيلعى والظاهر ان المتلصص كذلك حموى وأقول الضمير فى قول الزيلعى وليس له ان يستبيح فروجهم للتاجر الذى انتقض أمانه بغدر ملكهم لا للاسير كما فهمه السيد الحموى على ان سياق كلام الزيلعى يقتضى انه لا فرق فى عدم استباحة الفروج بين التاجر وغيره كالاسير والمتلصص وصرح فى البحر بأن الاسير كالمتلصص فيجوز له أخذ المال وقتل النفس دون استباحة الفروج الخ (قوله فلو أخرج شيئا الخ) قيد بالاخراج لانه اذا غصب شيئا فى دار الحرب وجب عليه التوبة وهى لا تحصل الا بالرد عليهم فأشبه المشترى شراء فاسدا بحر عن المحيط ونهر ودرأيضا وكان ينبغى التقييد بعدم الاخراج بعد قوله لانه اذا غصب شيئا وكأنه اتكل على ما يستفاد من قول المصنف فلو أخرج شيئا وكذا لو ابدل غصب بأخذ ليشمل ما لو كان المأخوذ غصبا أو اختلاسا لكان أولى اذ لا فرق فى الحكم أخذا من قول المصنف أخرج شيئا (قوله ملكه ملكا خبيثا محظورا) حتى لو كان جارية لا يحل له وطؤها ولا للمشترى منه بخلاف المشتراة شراء فاسدا فان حرمة وطئها على المشترى خاصة ويحل للمشترى منه لان المانع منه ثبوت حق البائع فى الاسترداد وببيع المشترى انقطع حقه وهنا الكراهة لاجل الغدر والمشترى الثانى كالاول فيه ولو تزوج فى دار الحرب بامرأة منهم ثم أخرجها قهرا الى دارنا ملكها يعنى اذا أضمر فى نفسه انه أخرجها ليبيعها حتى لو أخرجها كرها لا لهذا الغرض بل لاعتقاد ان له ان يذهب بزوجته حيث شاء قال فى الفتح ينبغى ان لا يملكها كما لو أخرجها طوعا لان أهل الحرب انما يملكون بالقهر أى الاسر بحر والظاهر ان ما ذكره الولوالجى من دفع الزوج الصداق لابيها فى صورة المسئلة قيد اتفاقى (قوله فيتصدق به) وجوبا فان لم يتصدق وباعه صح بيعه ولا يطيب للمشترى الثانى كما لا يطيب للاول كذا فى الجوهرة وأقول هذا مقيد بما اذا علم المشترى بالحرمة بأن علم انه ملكه ملكا محظورا لما فى الخانية الحرمة تتعدى فى الاموال

مع العلم بها الا فى حق الوارث فان مال مورثه حلال له وان علم بحرمته انتهى وقيد فى العصمة أى لاجل أرباب الاموال حموى (قوله أى شيئا من صاحبه) يشير به الى ان فى كلام المصنف حذفا وايصالا أى حذف المفعول ووصل الفعل بضميره (قوله لم يقض بشئ) اما فى الادانة فلانه لا ولاية له وقتها ولا وقت القضاء على المستأمن لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى بل فى المستقبل ولا يقضى على المسلم أيضا للمساواة لا لعدم التزام أحكامنا واما فى الغصب فلانه صار ملكا لمن استولى عليه لمصادفته مالا مباحا قال فى الشرنبلالية هذا ظاهر فى مال الحربى واما مال المسلم فلعله بحسب اعتقاد الحربى عدم عصمته وأقول ليس عدم العصمة بالنظر لاعتقاد الحربى كما ظن بل لما قال فى البناية من ان دار الحرب دار القهر والغلبة فاذا استولى أحدهما على مال الآخر فقد ملكه ولا يحكم بالرد حموى (قوله وقال أبو يوسف يقضى على المسلم بالدين) دون الغصب لانه التزم أحكام الاسلام حيث كان الا ترى انهما لو خرجا مسلمين نحكم عليهما بالدين فكذا هذا وأجيب بأنه اذا امتنع فى حق المستأمن امتنع فى حق المسلم أيضا تحقيقا للتسوية بينهما زيلعى وعزاه فى النهر للكافى ثم قال ولا يخفى ضعفه فان وجوب التسوية بينهما ليس فى ان يبطل حق أحدهما بلا موجب بل انما ذلك فى الاقبال والاقامة والاجلاس ونحو ذلك كما فى الفتح قلت حاصل هذا الكلام الميل الى قول أبى يوسف الا ان ما فى المتون هو المذهب نوح أفندى (قوله أدان) بتخفيف الدال من الادانة وقولهم ادان بتشديد الدال من باب الافتعال حموى (قوله أى باع بالدين) كذا فى الزيلعى وغيره وهو ظاهر فى عدم شموله للقرض ويؤيده ما فى القاموس ادان واستدان وتدين أخذ دينا والدين ماله أجل وما لا اجل له فقرض وادانه اشترى منه بالدين أو باع بالدين انتهى مع ان الحكم فيهما واحد لكن فى المغرب ادنته ودينته أقرضته وعلى هذا فما فى الكتاب يشمل القرض أيضا نهر (قوله قضى بالدين بينهما) لوقوعه صحيحا بتراضيهما ولثبوت الولاية حال القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام عينى (قوله لا بالغصب) لان الغاصب ملكه لورود الاستيلاء على مال مباح ولا يؤمر بالرد لان ملك الحربى بالغصب صحيح لا خبث فيه بخلاف المسلم المستأمن اذا غصب منهم حيث يؤمر بالرد لخبث فى ملكه لانه ملكه بالخيانة ولا يقضى عليه به لما بينا زيلعى وقوله لما بينا يشير به الى ما قدمه من ان الحظر لغيره لا يمنع المشروعية كالاصطياد بقوس مغصوب (قوله ولكن يؤمر الغاصب الخ) زاد فى الفتح وبرد الدين أيضا نهر (قوله برد المغصوب منه) أى من مالكه (قوله تجب الدية) لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول نهر (قوله فى ماله) أى فى ثلاث سنين حموى (قوله ولا يجب القود فى ظاهر الرواية) لانه لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة ولا وجود لها دون الامام ومعلوم ان العاقلة لا تعقل العمد فوجبت فى ماله واما الخطأ فانما لم تجب عليهم فيه لان وجوبها باعتبار الصيانة ولا قدرة لهم عليها مع تباين الدارين نهر (قوله ثم قال وقال أبو يوسف ومحمد الخ) غرض الشارح الاشارة الى اختلاف النقل عن الصاحبين فمنهم من ذكرهما مع الامام سوى ما روى عن أبى يوسف من وجوب القصاص فى العمد وهذا يوافق ما ذكره الشارح أولا ومنهم من ذكر ان عدم وجوب القصاص هو قول الامام فقط كقاضيخان (قوله عليه القصاص فى العمد) لان العصمة لا تسقط بدخول دار الحرب والقصاص حق الولى ينفرد باستيفائه والجواب ان الواحد لا يقاوم القاتل ظاهرا فلا فائدة فى الوجوب بدون امكان الاستيفاء فسقط القصاص (قوله كذا فى النهاية) شرح الهداية فالسغناقى متأخر عن قاضيخان وينقل عنه كثيرا لان قاضيخان عاصره صاحب الهداية شيخنا (قوله وتجب الكفارة أيضا فى الخطأ) لاطلاق النص نهر دون العمد وهو قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله (قوله وعندهما تجب الدية فى العمد والخطأ) لان العصمة لا تبطل بالاسر كالاستئمان وامتناع القصاص لفوات شرطه وهو المنعة وله انه بالاسر صار تبعا لهم بدليل انه يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم فبطل الاحراز زيلعى وهذا يقتضى موافقة الصاحبين للامام الاعظم فى اشتراطه المنعة لوجوب القصاص خلافا لما نقله الشارح

عن النهاية معزيا للقاضيخان (قوله ولا شئ فى قتل مسلم مسلما اسلم ثمة) اتفاقا لعدم الاحراز بدارنا لانه راغم ان دار الحرب تمنع وجوب ما يندرئ بالشبهات خلافا للشافعى لان أحكامنا لا تجرى فى دارهم وحكم دارهم لا يجرى فى دارنا حتى لو أسلم حربى فى دار الحرب وقتل مسلما دخل دارهم بامان لا يجب القصاص وكذا المسلمان اذا دخلا دار الحرب بالاستئمان فقتل احدهما الآخر لا قصاص عندنا خلافا له وكذا المسلم اذا شرب الخمر أو زنى أو قذف فى دارهم لا يجب الحد عندنا خلافا له حموى عن العمادى اه

* (فصل قوله لا يتمكن الخ) * والاصل فيه ان الكافر لا يمكن من اقامة دائمة فى دارنا الا باسترقاق أو جزية لانه يبقى ضررا على المسلمين لكونه عينا لهم وعونا علينا ويمكن من الاقامة اليسيرة لان فى منعها قطع المنافع من الميرة والجلب وسد باب التجارات ففصلنا بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية ثم ان رجع الى وطنه بعد مقالة الامام له ذلك قبل تمام السنة فلا سبيل عليه زيلعى وهل المراد السنة الشمسية او القمرية حموى والعين هو الجاسوس والعون الظهير على الامور والجمع الاعوان والميرة الطعام يمتاره الانسان من مار يمير والجلب والاجلاب الذين يجلبون الابل والغنم عناية (قوله مستأمن) قيد به لانه لو دخل دارنا بلا امان فهو وما معه فئ لجماعة المسلمين ولا يختص به الآخذ عند أبى حنيفة وظاهر قولهما انه يختص به ولو دخل الحرم قبل ان يؤخذ فعند أبى حنيفة يؤخذ ويكون فيئا وعلى قولهما لا ولكن لا يطعم ولا يسقى ولا يؤوى ولا يخرج بحر عن الفتح وعبارة التنوير حربى أو مرتدا ومن وجب عليه قود التجأ بالحرم لا يقتل بل يحبس عنه الغذاء ليخرج فيقتل اه وفى البحر عن المحيط اذا دخل دارنا بلا أمان فهو فئ عند الامام أخذ قبل الاسلام أو بعده وعندهما ان اسلم قبل الاخذ فهو حر ولو رجع الى دار الحرب خرج من ان يكون فيئا وعاد حرا واذا ادعى الدخول بالامان لا يصدق وان قال شخص من المسلمين أنا أمنته الا ان يشهد رجلان غيره واذا قال أنا رسول فان وجد معه كتاب يعرف انه كتاب ملكهم بعلامة يكون آمنا ولا يحتاج الى أمان خاص بل بكونه رسولا يامن وان لم يعرف فهو مزور فيكون هو ومن معه فيئا انتهى (قوله وقيل له) أى من قبل الامام دراعم من ان يكون القائل هو الامام أو نائبه (قوله ان أقمت سنة) قيد اتفاقى لجواز توقيت مادونها كشهر وشهرين درر لكن لا ينبغى ان يلحقه ضررا بتقصيره المدة جدا درر عن الفتح خصوصا اذا كان له معاملات يحتاج فى قضائها الى مدة مديدة نهر (قوله وضع عليك الجزية) الوضع عليه ليس بشرط فلو قال أخذنا منك الجزية لكان أظهر نهر والجزية بوزن فعلة اسم للمال الذى يؤخذ من الذمى من الجزاء بمعنى القضاء لانه يجزى عن دمه حموى (قوله أى بعد ما قيل له) ظاهر فى توقف كونه ذميا على قول الامام أو نائبه ما مر حتى لو أقام سنين من غير ان يقول له شيئا كان له ان يرجع ولفظ المبسوط يدل على انه ليس بشرط قال فى الفتح والوجه هو الاول وبما فى المبسوط جزم فى الدرر وتظهر فائدة الخلاف فى ابتداء المدة التى يصير باقامتها ذميا فعلى الاول من وقت التقدم وعلى الثانى من وقت الدخول ولا جزية فى حول المكث الا بالشرط ولو مات المستأمن فى دارنا وله ورثة فى دار الحرب وقف ماله لهم فان قدموا كلفوا اقامة البينة ولو من أهل الذمة فيدفع المال اليهم بكفيل قيل هذا قولهما وقيل هو قولهم جميعا ولا يقبل كتاب ملكهم ولو ثبت انه كتابه نهر (قوله فهو ذمى) فيجرى القصاص بينه وبين المسلم ويضمن المسلم قيمة خمره وخنزيره بالاتلاف وتجب الدية عليه بقتله خطأ ويجب كف الاذى عنه وتحرم غيبته كالمسلم تنوير والذمة هى العهد فلهذا سمى ذميا لانه عاهد المسلمين على ترك الحراب ولان نقضه يوجب الذم حموى (قوله فلم يترك ان يرجع اليهم) لان عقد الذمة خلف عن الاسلام فلا ينقض عهدها ولا يمكن الذمى من دخول دار الحرب لحاجة أو تجارة كما هو ظاهر كلام المصنف بحر تفقها (قوله بأن دخل حربى دارنا بامان الخ) قال الحموى فيه قصور فليراجع البحر والنهر قال شيخنا كان الاولى الامر بمراجعة الزيلعى لنقل صاحب البحر عنه ووجه القصور الذى ادعاه انه بمجرد شرائه الارض الخراجية لا يصير ذميا لانه قد يشتريها للتجارة وصححه الزيلعى وهو ظاهر الرواية كما فى السراج كذا فى البحر وفيه ان الشارح لم يقتصر فى تصوير وضع الخراج

عليه

(ولا شئ فى قتل مسلم مسلما أسلم ثمة) سوى كفارة فى الخطأ وضمنا الشافعى تجب الكفارة فى الخطأ والقود فى العمد

* (فصل لا يمكن مستأمن) * ان يقيم (فينا) أى فى دارنا (سنة) كاملة (وقيل له ان أقمت سنة وضع عليك الجزية فان مكث بعده) أى بعد ما قيل له (سنة فهو ذمى فلم يترك ان يرجع اليهم كما لا يترك) (لو وضع عليه الخراج) بأن دخل حربى دارنا بامان واشترى أرض خراج

عليه على الشراء بل قرن به وضعه عليه وحينئذ فلا قصور فى كلامه اه (قوله ووضع عليه خراج الارض) بأن ألزم به وأخذ منه عند حلول وقته بمباشرة سببه وهو زراعة الارض او التمكن منها اذا كانت فى ملكه أو زرعها بالاجارة وكان خراج مقاسمة لانه يؤخذ منه لا من المالك وأطلق فى صيرورته ذميا بتوظيف الخراج عليه اذ هو المراد من وضعه كما فى البحر عن البناية فعم ما لو غصبت منه وزرعها الغاصب وهو الصحيح وان سقط عنه الخراج بخلاف ما لو زرع الحربى أرضه الخراجية فاصطلم الزرع آفة لا يصير ذميا لعدم لزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه وكذا يصير ذميا اذا استعارها من ذمى (قوله أو نكحت ذميا) ظاهره ان النكاح حادث بعد دخولها دارنا وهو ليس بشرط فلو قال أو صار لها زوج ذمى أو مسلم لكان أولى ليشمل ما اذا دخل المستأمن بامرأته دارنا ثم صار الزوج ذميا فليس لها الرجوع وكذا لو أسلم زوج الكتابية بخلاف ما اذا أسلم وهى مجوسية بحر وذكر فى النهر ما نصه وقيد بالذمى ليفيد انها تصير ذمية بنكاح المسلم بالاولى وكذا لو صار الزوج ذميا وهذه ترد على المصنف الان يعطى للدوام حكم الابتداء اه فهذا من صاحب البحر والنهر كالتصريح بأن كلام المصنف لا يستفاد منه حكم ما اذا صار زوجها ذميا أو أسلم زوجها وهى كتابية واذا كان كذلك فما قيل ان كلام المصنف يشير الى انه لو صار زوجها ذميا أو أسلم زوج الكتابية تصير ذمية بالاولى غير مسلم وعزوه ذلك للبحر غير صحيح وكيف يصح عزو ذلك للبحر مع ما قدمناه عنه من قوله لو قال أو صار لها زوج ذمى أو مسلم لكان أولى ليشمل الخ او كيف يتوهم استفادة ذلك من كلامه بالاولى مع قوله فى النهر وهذه ترد على المصنف واعلم انها تصير ذمية بمجرد العقد من غير توقف على الدخول بحر (قوله لا عكسه) لامكان طلاقها ولو نكحها هنا فطالبته بمهرها فلها منعه من الرجوع تتارخانية فلو لم يوفه حتى مضى حول ينبغى ان يصير ذميا على ما مر من الدرر ومنه علم حكم الدين الحادث فى دارنا درر والتقييد بقوله ولو نكحها هنا للاحتراز عما لو كان النكاح هناك حيث لا تملك منعه من الرجوع بحر (قوله فان رجع اليهم) ولو لغير داره در (قوله أو دين عليهما) أى المسلم والذمى والافصح افراد الضمير حموى (قوله حل دمه) لانه بطل أمانه وظاهره انه لا فرق بين كونه قبل الحكم بكونه ذميا أو بعده لان الذمى اذا لحق بدار الحرب يصير حربيا وقوله وله وديعة الخ هذه الجملة سقطت فى بعض النسخ وهو الاولى لان جواز قتله بعوده ليس موقوفا على ذلك بحر ولك ان تقول انما فرضها كذلك ليشير الى ان بطلان أمانه فى ذاته لا يوجب بطلانه فى ماله فبقى ماله على ما هو عليه نهر وتعقبه السيد الحموى بأن دعوى ان فرض المسئلة كذلك يشير الى ما ذكر ممنوع اذ ليس فى كلامه ما يفيد هذه الاشارة وعلى تسليمه فالكلام فى الاولوية ولا شك ان حذف هذه الجملة أولى من ذكرها لايهامها ما ليس مرادا ولو بعث من يأخذ الوديعة والقرض وجب التسليم اليه ولو كان عليه دين لمسلم أو ذمى ينبغى ان يوفى منه فان كانت الوديعة من غير جنس الدين باعها القاضى ووفى منها نهر (قوله أو ظهر عليهم) فى المغرب ظهر عليه أى غلب قال فى البحر فينبغى ضبطه بالبناء للمجهول اه وسيأتى فى كلام الشارح تفسير الظهور بالغلبة (قوله سقط دينه وصارت وديعته فيئا) اعلم ان ما ذكره المصنف من سقوط دينه وصيرورة وديعته فيئا فى ثلاثة أوجه الاول ان يظهروا على الدار ويأخذوه الثانى ان يظهروا ويقتلوه الثالث ان يأخذوه مسبيا من غير ظهور فقوله فاذا أسر بيان للوجه الثالث وقوله أو ظهر عليهم بيان للاولين لانه أعم من ان يقتلوه أولا لكنه شامل لما اذا ظهر عليهم وهرب فان ماله يبقى له كما سيأتى فلا بد من تقييد الظهور عليهم بأن يأخذوه أو يقتلوه وانما صارت وديعته غنيمة لانها فى يده تقديرا لان يد المودع كيده فتصير فيئا تبعا لنفسه وانما سقط الدين لان اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه اسبق من يد العامة فيختص به وينبغى ان تكون العين المغصوبة كالدين لعدم المطالبة وليست يد الغاصب كيده والرهن للمرتهن بدينه عند أبى يوسف وعند محمد يباع ويوفى دينه والزيادة فئ وينبغى ترجيحه لان ما زاد على قدر الدين فى حكم الوديعة بحر ورده فى النهر بان الوديعة انما كانت فيئا لما مر انها فى يده حكما ولا كذلك الرهن وتعقبه الحموى فقال قوله ولا كذلك الرهن

ووضع عليه خراج الارض أى وظف عليه صار ذميا (أو نكحت) حربية ذميا (لا عكسه) أى ان دخل حربى دارنا بأمان وتزوج ذمية فيرجع (فان رجع) اليهم ان شاء ولا يصير ذميا (فان رجع) الحربى المستأمن (اليهم وله وديعة عند مسلم) فى دارنا (أو) عند (ذمى أو دين عليهما حل دمه) ومالك دار الاسلام من ماله على خطر أى شرف الزوال (فان اسر) الراجع (أو ظهر عليهم وقتل) هذا الراجع بعد الغلبة (سقط دينه) ولا يصير فيئا (وصارت وديعته فيئا)

لاشبهة ما الكلام فيه لان الكلام في الزائد وهو أمانة غير مضمون كالوديعة فيكون في يده حكما والعين المؤجرة كالعين المغصوبة تصير فيئا انتهى واعلم ان المصنف لو أبدل قوله وصارت وديعته فيئا بقوله وصار ماله فيئا لكان أولى اذ لاخصوصية للوديعة لان ماعند شريكه ومضاربه ومافي بيته كذلك ثم اعلم ان ماله وان كان غنيمة لاخمس فيه وانما يصرف مصرف الخراج والجزية لانه مأخوذ بقوة المسلمين عند أبي يوسف وقال محمد يكون فيئا للسرية التي أسرت الرجل ويعتق مدبره الذي دبره في دارنا وأم ولده بامره بحر واعلم ان ماعلل به في النهر سقوط الدين من ان اثبات اليد عليه بالمطالبة وقد سقطت ولاطريق لجعله فيئا لانه الذي يؤخذ قهرا ولا يتصور ذلك في الدين تعقبه الحموي بأن الصواب ان يعلل بأن الفيء مانيل من أهل الشرك بعد وضع الحرب أوزارها وصيرورة الدار دار اسلام وليس الدين من هذا القبيل وأما ماعلل به فانما يناسب الغنيمة لا الفيء وذكر في موضع آخر مانصه قوله ولاطريق لجعله فيئا الخ مثله في الزيلعي والمراد به الغنيمة اذ هي التي تؤخذ قهرا كما تقدم وأما الفيء فما أخذ بعد الفتح ونقل عن المفتاح ان الفيء ما يرجع الى جماعة المسلمين من مال الكفار من الغنيمة والخراج وقال بعض الشارحين مايحل من أموال المشركين اه (قوله وعن أبي يوسف ان الوديعة الخ) لان يده فيها أسبق فكان بها أحق زيلعي (قوله وان قتل الراجع ولم يظهر عليهم أو مات الخ) فيه قصور اذ لو ظهروا عليهم فهرب كان الحكم كذلك كما في البحر ونصه وفي وجهين يبقى ماله على حاله فيأخذه ان كان حيا أو ورثته ان مات الاول ان يظهروا على الدار فيهرب الثاني أن يقتلوه ولم يظهروا على الدار أو يموت لان نفسه لم تصر مغنومة وكذلك ماله ولو عبر بالدين بدل القرض لكان أولى ليشمل سائر الديون انتهى فان قلت فعلى هذا يشكل جعله هذه الاوجه وجهين لانها ثلاثة قلت كأنه ادخل القتل في الموت (قوله وله زوجة) اعلم ان مزج الشارح بقوله وقد كان له زوجة أولى من مزج العيني وغيره كالنهر حيث قال والحال ان له زوجة لما فيه من المحافظة على ابقاء اعراب المتن على حاله حموي (قوله صغيرا أو كبيرا) مقتضاه ان يقرأ الولد في كلام المصنف بفتح الواو واللام وكلام الزيلعي يقتضي ان يقرأ بصيغة الجمع بضم الواو وتسكين اللام لانه قال أي صغار وكبار (قوله فاسلم هنا) أي في دارنا وصار ذميا نهر (قوله فالكل فيء) أما المرأة وأولاده الكبار فلانهم حربيون كبار وليسوا باتباع وكذلك مافي بطنها لو كانت حاملا لانه جزؤها وأما أولاده الصغار فلان شرط التبعية في الاسلام اتحاد الدار وهو مفقود فلو سبي الصبي في هذه المسئلة وصار في دارنا فهو مسلم تبعا للدار مع بقاء كونه فيئا وأما أمواله فلانها لاتصير محرزة باحراز نفسه لاختلاف الدار وقوله عليه السلام عصموا مني دماءهم وأموالهم ليس على اطلاقه بل بالنسبة للمال الذي في يده ومافي معناه بحر (قوله وان أسلم ثمة) أي المذكور لان النكرة اذا أعيدت معرفة تكون عينا حموي (قوله فولده الصغير حر مسلم) لان الدار متحدة (قوله وما أودعه عند مسلم أو ذمي فهو له) لان يده محترمة ويده كيده بحر (قوله وغيره) شامل للعين المغصوبة في يد المسلم أو الذمي فتكون فيئا لعدم النيابة بحر (قوله ومال في يد حربي) لان يده ليست بمحترمة وكذا عقاره زيلعي (قوله أي غنيمة للغانمين) يشير الى ان الفيء بمعنى الغنيمة مجازا حموي (قوله ومن قتل مسلما الخ) المسئلة رباعية مسلم قتل مسلما لا ولي له خطأ فديته على عاقلته للامام مسلم قتله عمدا فالامام بالخيار بين ان يقتص أو يصالح على الدية وليس له العفو مسلم قتل حربيا قد اسلم بعد ماجاءنا بامان خطأ فديته على عاقلته كما تقدم مسلم قتله أي الحربي بعد اسلامه عمدا فالامام بالخيار كما مر شيخنا (قوله والحال انه لا ولي له) هذا أولى مما ذكره في المفتاح من جعله جملة قوله لا ولي له أي لا يعرف له ولي لا حاضر ولا غائب صفة مسلما لما ذكره السيد الحموي من عدم جواز الفصل بين الصفة والموصوف (قوله أو قتل حربيا جاءنا بأمان فاسلم) قيده في النهر بما اذا لم يكن له ولي في دارنا قال وبهذا تغاير موضوع المسئلتين فقوله في البحر لو اقتصر على الاولى لعلمت الثانية فيه نظر انتهى وسيأتي في الشرح التصريح بما يفيد موافقة ماذكره في النهر قال الحموي وفي النظر نظر اذ وجود الولي في دار الحرب كلا وجود

وعن أبي يوسف ان الوديعة تصير ملكا للمودع (وان قتل) الراجع (أو ظهر عليهم) ... (أومات) ... وديعته لورثته) ... (وله زوجة حاملة) ... (وولد صغير وكبير) (ومال أودع بعضه ذميا و) بعضه (حربيا) ... (فأسلم هنا) ... (فالكل فيء) ... في دارنا (فولده الصغير مسلم) ... (وما أودعه عند مسلم أو ذمي) ... (وغيره) ... (ومال في يد حربي) ... (فيء) أي غنيمة للغانمين (ومن قتل مسلما خطأ) ... (والحال انه لا ولي له) (أو قتل حربيا جاءنا بأمان فأسلم) ... وديته على عاقلته ... للعاقلة

الان يحضر فيدعي فيكون المال له فالبحر انتهى (قوله للامام) أي حق أخذها له فيضعها في بيت المال وهذا هو المقصود والا فحكم القتل الخطأ معلوم ولهذا لم يذكر الكفارة نهر وانما كان حق الاخذ للامام لعدم الورثة ولهذا قيد المصنف المسئلة بأنه لا ولي له (قوله أو لم يسلم) صريح في عدم وجوب الدية بقتله كالمرتد واستشكله السيد الحموي بأن المستأمن لا يحل التعرض له فكيف لا تجب الدية بقتله وقد يقال لا يلزم من حرمة التعرض لماله ودمه ان يكون معصوم النفس لان حرمة ذلك لعقد الامان لا لكونه معصوما انتهى وأقول ماشى عليه الشارح موافق لما في النهاية من هذا المحل وهو مخالف لما في الزيلعي آخر كتاب الجنايات ونصه ودية المستأمن مثل دية الذمي في الصحيح وقال أيضا ودية المسلم والذمي والمستأمن سواء فكان ماهنا على غير الصحيح شيخنا (قوله القتل أو الدية بطريق الصلح) لان موجب العمد هو القود عينا لا الدية وان كانت أنفع للمسلمين من قتله لكن قد يعود عليهم من قتله منفعة أخرى وهي ان ينزجر أمثاله وشمل كلامه اللقيط فان قتل خطأ فالدية للامام قتله الملتقط أو غيره وان قتل عمدا خير كما في الكتاب وهو قولهما وقال أبو يوسف ليس له القصاص لانه لا يخلو عن الوارث غالبا أو هو محتمل فكان فيه شبهة وهو يسقط بها ولهما ان المجهول الذي لا يمكن الوصول اليه ليس بولي لان الميت لا ينتفع به فتنتقل الولاية للسلطان كما في الارث زيلعي وهو يفيد أن من لا وارث له معلوما فارثه لبيت المال وان احتمل ان يكون له وارث وكذا من لا وارث له ظاهرا اذا أوصى بجميع ماله فانه يعطى كل ماله وان احتمل ان يجيء وارث لكن بعد التأني بحر وتبعه في النهر ونص عبارته من لا وارث له معلوم يرثه بيت المال قال شيخنا المصرح به في كتب المذهب ان بيت المال غير وارث وانما يوضع مال من لا وارث له فيه امانة ليصرف مصارفه اه أي مصارف بيت المال (قوله بطريق الصلح والتراضي) لا يقال تردد من له الحق يوجب سقوط القصاص كالمكاتب اذا قتل عن وفاء وله وارث غير المولى لانا نقول السلطان هنا نائب عن العامة فصار الولي واحدا بخلاف مسئلة الكتاب زيلعي وهل اذا طلب الامام الدية ينقلب القصاص مالا كما في الولي فليتأمل شرنبلالية واقول اعتبارهم الصلح والتراضي ظاهر في انه لا ينقلب مالا بمجرد طلب الامام الدية بخلاف الولي بل لا بد من رضا القاتل هنا كما في النهر حيث قال والواجب في العمد اما القتل قصاصا أو الدية صلحا برضا القاتل لكن ذكر بعد ما ينافي ذلك فقال والخيار الى الامام فأيهما رآه اصلح فعله انتهى فآخر كلامه يقتضي عدم اعتبار رضا القاتل وهذه مناقضة ظاهرة والعجب من السيد الحموي كيف نقل عبارة النهر برمتها وأقرها (قوله لا العفو) أي ليس له العفو لان الحق للعامة والامام نائب عنهم فيما هو انظر لهم وليس من النظر اسقاط حقهم مجانا نهر (تتمة) الدار داران عندنا دار اسلام ودار حرب وعند الشافعي الدنيا دار واحدة والبلاد اجزاؤها فلا تتغاير احكامها وعلى هذا الاصل مسائل منها لحوق المرتدين بدار الحرب ومنها وقوع الفرقة بتباين الدارين حموي عن البناية والفرق جمع فرقة وذكر ان قاري الهداية سئل عن البحر الملح أمن دار الحرب أو الاسلام فاجاب بانه ليس من احد القبيلين لانه لا قهر لاحد عليه اه قال لكن في شرح النظم للهاملي سطح البحر له حكم دار الحرب انتهى

(باب العشر والخراج والجزية)

بيان لما يؤخذ من الذمي بعد بيان ما يصير به ذميا وذكر العشر لتتميم الوظائف المالية بحر وقدمه لما فيه من معنى العبادة لكن فيه عنونة الباب بما ليس بمقصود وقد استقبحه الجرجاني نهر ومن ثم قال في المفتاح حقه ان يقول باب الخراج لانه لبيان وظيفة ما على الذمي حموي (قوله من غلة الارض) أو الغلام حموي عن المغرب (قوله ثم سمي ما يأخذ السلطان خراجا) مجازا من اطلاق الكل وارادة البعض أو من اطلاق السبب وارادة المسبب حموي (قوله كلها عشرية) وان سقيت بماء الخراج لان وضع الخراج من شرطه ان يقر اهلها على الكفر كما في سواد العراق ومشركو العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف

(للامام) وانما قيد بقوله لا ولي له لانه لو كان له ولي فالامر اليه وقيد بقوله بامان وباسلام لانه لو لم يكن مستأمنا أو لم يسلم فقتل لاشيء عليه (وفي العمد القتل أو الدية) بطريق الصلح والتراضي (لا العفو) في المسئلتين *(باب العشر والخراج والجزية)* الخراج اسم لما يخرج من غلة الارض ثم سمي ما يأخذه السلطان خراجا فيقال أدى فلان خراج أرضه وأدى أهل الذمة خراج رؤسهم يعني الجزية كذا في المغرب (أرض العرب) كلها عشرية

بحر ولانه عليه السلام والخلفاء الراشدين لم يأخذوا الخراج من أرض العرب وتعقبه في النهاية بانه ليس
له اصل في كتب الحديث ولم يجب عنه وجوابه ان العدم لا يحتاج الى اصل لانه لو اخذ منهم الخراج لنقل
ولما لم ينقل دل على عدمه ولانه بمنزلة الفيء فلا يثبت في اراضيهم كما لا يثبت في رقابهم (قوله وهي ما بين
الخ) فيه تسمح لانه يقتضي خروج الحدين وفي بعض النسخ ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن وفيه نظر
لانه سيذكر ان سواد العراق ما بين العذيب الخ وهو يقتضي ان العذيب عشري ومقتضى ما مر انه خراجي
وفي البحر عن المغرب معزيا الى أبي يوسف في الامالي حدود ارض العرب ما وراء حدود الكوفة الى اقصى
صخرة باليمن (قوله يبرين) هو رمل لا تدرك اطرافه عن يمين مطلع الشمس من حجر اليمامة قرب حلب
ويقال ابرين وقصبة في ترقع يبرون والسماوة موضع بين الكوفة والشام حموي عن القاموس (قوله
وفي ارض حجر الخ) منصوب بما بعده في تفسير السابق حموي (قوله ومكة) هذا على ما ذكره
الكرخي والذي ذكره غيره ان مكة من تهامة بكسر التاء وفتحها لانها اسم لكل ما نزل عن نجد من بلاد
الحجاز سميت بذلك من التهم بفتح التاء والهاء وهو شدة الحر أو لتغير هوائها يقال تهم الدهر اذا تغير نهر
فاذ كره الحموي تهامة من مكة صوابه مكة من تهامة وأما جزيرة العرب فحدها طولا من عدن الى ريف
العراق وعرضا الى ارض الشام حموي (قوله وما اسلم اهله) ذكر الضمير هنا وفيما سيأتي مراعاة للفظ ما
(قوله بغير قهر) تأمل في هذا القيد والظاهر انه اتفاقي شيخنا ثم رأيت الحموي ذكر انه لا وجه لهذا التقييد
(قوله عنوة) بالفتح والفقهاء يعدلون عن الصواب فيضمون العين وهو من الاضداد يطلق على الطاعة
والقهر وهو المراد هنا نهر (قوله أي قهرا) في تفسير العنوة بالقهر نظر حموي يشير الى ما سبق من ان
العنوة ليست بمعنى القهر حقيقة لانها من عنا يعنو ذل وخضع وقهر امتعد وجوابه كما يستفاد مما سبق
انه تفسير بلازم المعنى الحقيقي أو بيان للمعنى المجازي (قوله أو قسم بين الغانمين الخ) ولو قسمها بينهم ووضع
الخراج عليها يجوز اذا كانت تسقى بماء الخراج درر ويخالفه ما قال الكمال اذا قسمت بين المسلمين لا يوظف
الا العشر وان سقيت بماء الانهار شرنبلالية (قوله عشرية) لان المسلم لا يبدأ بالخراج صيانة له عن الذل
لما فيه من معنى الجزية وفي العشر معنى القربة درر (قوله ما بين العذيب) والعذيب بضم العين المهملة وفتح
الذال المعجمة وبالباء الموحدة ماء لتميم شرنبلالية لكن نقل الحموي عن الجوهرة انه قرية من قرى الكوفة
وحلوان بضم الحاء المهملة اسم بلد والعلث بفتح العين المهملة وسكون اللام وبالثاء المثلثة قرية موقوفة
على العلوية على شرقي دجلة شرنبلالية وهي اول العراق حموي عن البناية وعبادان حصن صغير على
شاطئ بحر شرنبلالية أي بحر فارس بقرب البصرة شرقا منها كما في الصحاح (قوله وعقبة حلوان) لم
يبين غاية العرض والصواب الى عقبة حلوان حموي وأقول دعوى انه لم يبين غاية العرض يرده قول
الشارح في العرض ولا شك ان كلمة ما بين بمعنى من والى والتقدير وهو من العذيب الى عقبة حلوان فسقط
ما ادعاه من التصويب وبالايام اثنان وعشرون يوما ونصف يوم والعرض عشرة ايام نهر (قوله فن
الثعلبية) بفتح المثلثة وسكون العين منزل من منازل البادية (قوله وقيل من العلث) مقتضى التعبير
بقيل ضعفه مع انه في الدر نقل عن صاحب المنح معزيا الى المغرب ما نصه وما قيل من الثعلبية غلط
انتهى (قوله الى عبادان) قال في المصباح عباد بلفظ اسم الفاعل للمبالغة اسم رجل ومنه عبادان على
صيغة التثنية بلد على بحر فارس بقرب البصرة وقيل جزيرة احاط بها شعبتا دجلة ساكبتين في بحر فارس
حموي (قوله لخضرة اشجاره) يعني والعرب تسمي الاخضر اسود لانه يرى كذلك على بعد حموي عن
المصباح (قوله وما فتح عنوة الخ) خص منه مكة لانه عليه الصلاة والسلام افتتحها عنوة وتركها لاهلها
ولم يوظف عليها الخراج عيني وقالوا اراضي مصر والشام خراجية درر ولو باعها او وقفها بقي الخراج فيجب
الخراج من الموقوف من الاراضي المصرية لكن في الفتح انما نأخذ الآن منها اجرة لا خراجا الا ترى ان
الاراضي ليست مملوكة للزراع وكانه لموت المالكين شيئا فشيئا من غير وارث فصارت لبيت المال

وينبغي

وينبغي على هذا ان لا يصح بيع الامام ولا شراؤه من وكيل بيت المال لشيء منها لان نظره في مال المسلمين
كنظر ولي اليتيم ولا يجوز له بيع عقاره الا لضرورة عدم وجود ما ينفقه سواه وهذا على رأي المتقدمين
اما على رأي المتأخرين المفتى به فيزاد ما اذا رغب فيه بضعف قيمته فكذلك نقول للامام بيع العقار لغير
حاجة اذا رغب فيه بضعف قيمته بحر ولو اراد السلطان ان يشتريها لنفسه يأمر غيره بان يبيعها ثم يشتريها
منه لنفسه واذا لم يعرف الحال في الشراء من بيت المال فالاصل هو الصحة وبهذا عرف صحة الوقف في
الارض المنقولة بالشراء من بيت المال وان شروط الواقفين يجب اتباعها الا انها باقية على حكم بيت المال
كما قد توهم وعرف انه لا خراج على اراضيها نهر لان الامام قد أخذ الثمن لبيت المال فلا يمكن بعده ان
تكون المنفعة له كلها أو بعضها شيخنا عن التحفة المرضية واعلم ان ما سبق عن النهر من قوله ولو اراد
السلطان ان يشتريها يأمر غيره بان يبيعها الخ لعل الصواب يأمر غيره بان يشتريها بقي ان يقال ما سبق من
ان شروط الواقفين يجب اتباعها يقتضي تعين المكان الذي عينه الواقف للقراءة وما في الاشباه من كتاب
الوقف مما يوهم خلاف ذلك اشتباه قول اوضعيف كما في حاشية الحموي (قوله واقر اهله عليه) حذفه بعضهم
لانه ليس بشرط في كونها خراجية انما الشرط عدم قسمتها نهر عن الطحاوي ويمكن ان يحمل كلام المصنف
عليه بجعل اقرار الاهل كناية عن عدم القسمة ومعلوم ان الملحوظ في الكناية انما هو اللازم لا الملزوم حتى
تصح الكناية وان استحال ارادة الملزوم كما حققه السعد في التلويح حموي (قوله خراجية) اما السواد فلان
عمر وضع عليه الخراج بحضرة من الصحابة وكذا على مصر حين فتحها عمرو بن العاص سنة عشرين من الهجرة
واجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام حين افتتح عمر رضي الله عنه بيت المقدس ومدن الشام كلها
فتحت صلحا واراضيها فتحت عنوة على يد يزيد بن أبي سفيان وغيره واختلف في دمشق هل فتحت صلحا
أو عنوة وأكثر العلماء على انه استقر أمرها على الصلح وقيل بل فتح بعضها صلحا وبعضها عنوة ونص ابن
اسحاق وأبو عبيدة ان فتح دمشق كان سنة أربع عشرة من الهجرة واما اقرار اهلها عليها فلان الحاجة
الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به لما فيه من معنى العقوبة لانه يشبه الجزية التي هي
عقوبة على الكافر ولان في الخراج تغليظا ولهذا يجب عليه وان لم يزرع لانه يتعلق بعين الارض واما العشر
فيتعلق بالخارج وكذا تكون خراجية أيضا لو نقل اليها غير أهلها حموي واعلم ان نقل اهل الذمة عن
اراضيهم الى أرض أخرى يصح بعذر كان لا يكون لهم شوكة فيخاف عليهم من أهل حرب ويخاف عليهم
منهم أن يخبروهم بعورات المسلمين ولهم قيمة أراضيهم ويعطيهم الامام بقيمتها أرضا أخرى ويضع عليهم خراج هذه
الاراضي التي انتقلوا اليها وفي رواية خراج المنقول عنها والاول أصح شرنبلالية (فرع) لمدعي
حدس الغلة حتى يستوفي الخراج حموي عن المفتاح (قوله أرض موات) صوابه أرضا مواتا لان مقتضى
هذا المزج ان يقرأ مواتا بالجر فيكون كلام المصنف لا وجه له الا بحذف المضاف الذي هو أرض وابقاء عمله
وهو شاذ لا يقاس عليه حموي وهذا على ما وقع في بعض النسخ التي وجد فيها لفظة أرض من كلام الشارح
واما على ما وقع في بعضها من انها من المتن فلا حذف والعهدة انما كتب على النسخة التي فيها حذف
المضاف وابقاء موات على جره وكون الفعل مبنيا للفاعل شيخنا (قوله يعتبر قربه) لان حريم الشيء يعطى له
حكمه عيني (قوله وان كانت بين الخراجي والعشري فعشريه) رعاية لجانب المسلم (قوله وقال محمد
ان احياها بماء السماء الخ) لان سبب النماء والحياة هو الماء فكان اعتباره أولى عيني والخلاف رواية
أبي يوسف حموي عن القراحصاري (قوله أو عين استنبطها) أي في أرض عشرية درر (قوله أو بئر
حفرها) في أرض عشرية درر (قوله أو ماء الفرات) هو نهر الكوفة (قوله ودجلة) نهر بغداد وجوز
في القاموس في الدال الكسر والفتح نوح أفندي (قوله وجيحون) نهر ترمذ وسيحون نهر خجند من
أرض الهند ومن هنا ظهران ما في الدرر من قوله سيحون نهر خجند لا يخالف ما في الصحاح من قوله سيحون
نهر بالهند خلافا لما ذكره نوح أفندي واعلم ان عبارة القاموس على ما ذكره نوح أفندي تفيدان سيحون

نهران أحدهما بما وراء النهر والآخر بالهند ونص عبارته سيحون نهر بما وراء النهر ونهر بالهند انتهى بقى ان يقال ماسبق من ان جيحون نهر ترمذ مصرح به فى الدر ولكن ذكر نوح أفندى انه مخالف لما فى القاموس والصحاح ففى القاموس جيحون نهر خوارزم وفى الصحاح جيحون نهر بلخ (قوله حفرها الاعاجم) مقتضاه ان يقرأ نهر بضم النون والهاء ليكون صيغة جمع (قوله كنهر الملك) هو كسرى حموى (قوله يزدجرد) ملك من ملوك العجم حموى عن النهاية وهو بفتح الياء وسكون الزاى المعجمة وفتح الدال المهملة وضم الجيم وسكون الراء المهملة وآخره دال مهملة شيخنا (قوله وان كان فى حيز أرض العشر) لو زاد وقال أو احياها بماء العشر لكان أولى دفعا للايهام اذ الظاهر من كلامهم انه اذا كان ذميا فعليه الخراج مطلقا بالاتفاق واقتصار الشارح على قوله وان كان فى حيز أرض العشر يوهم ان التقييد بالنسبة لقول أبى يوسف فقط (قوله والبصرة عشرية) لاجماع الصحابة عليه والقياس ان تكون خراجية لانها فتحت عنوة وأقر أهلها عليها وهى من جملة أراضى العراق ولكن ترك ذلك باجماعهم در كما خرج عن القياس مكة تعظيما لها وما علل به فى الهداية وجه القياس من ان البصرة من حيز أرض الخراج فليس بظاهر نهر عن الزيلعى لانه انما يعتبر الحيز فى الحياة الخ (قوله وخراج جريب الخ) لانه المنقول عن عمر فانه بعث عثمان بن حنيف وحذيفة بن اليمان فمسحا سواد العراق فبلغت ستة وثلاثين ألف ألف جريب ووضعا على نحو ما قلنا بمحضر من الصحابة من غير نكير فكان اجماعا ولان المؤن متفاوتة فيجب على اخفها الاكثر وعلى أكثرها الاقل وعلى الوسط الوسط زيلعى بيان تفاوت المؤن ان الكرم اخفها لانه يبقى دهرا مديدا والزرع أكثرها مؤنة لاحتياجه الى الكراب والقاء البذر والحصاد والدياس ونحو ذلك فى كل سنة والرطاب بينهما أى بين الاخف والاكثر لانه لا يحتاج الى البذر كل عام ولا تذرية فيها وتدوم اعواما كدوام الكرم قال فى البناية وهذا الذى قاله الشراح باعتبار ديارهم وأما فى بلاد مصر ففى كل سنة يزرعونها حموى وهذا بيان للخراج الموظف لان الخراج على نوعين خراج مقاسمة ان كان الواجب بعض الخارج كالخمس ونحوه وخراج وظيفة ان كان الواجب شيئا فى الذمة يتعلق بالتمكن من الانتفاع بالارض ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج فى سنة لو موظفا وان كان خراج مقاسمة يتكرر لتعلقه بالخارج حقيقة كالعشر ولا يزاد على النصف فى خراج المقاسمة تنوير وشرحه وينبغى ان لا ينقص عن الخمس ضعف ما يؤخذ من المسلمين شرنبلالية وحنيف بضم الحاء المهملة وفتح النون وحذيفة بضم الحاء المهملة وفتح الذال المعجمة (قوله صالح للزرع) بان يبلغه الماء تنوير وفيه نظر اذ لا يلزم من بلوغ الماء صلاحية الزراعة لان عدم الصلاحية قد يكون بغلبة الماء كما سيذكره الشارح (قوله مما يزرع فى تلك الارض) وهو الصحيح شرنبلالية عن الكافى ومقابله ما فى الدر رحيث خيره فى الصاع بين البر والشعير وذكر فى النهر ما نصه وافاد اطلاقه أنه يؤخذ من كل مزروع فيه لا بقيد كونه من حنطة هو الصحيح انتهى فتحصل أن فى المسئلة ثلاثة أقوال (قوله ودرهم) من أجود النقود زيلعى وفى الجوهرة معناه أن يكون الدرهم من وزن سبعة وهو أن يكون وزنه أربعة عشر قيراطا شرنبلالية وفيه تأمل حموى لان الجودة ترجع للوصف واعتبار الوزن المذكور فيه يرجع للمقدار فلا يصح ان يجعل أحدهما بيانا للآخر والحاصل انه يعتبر فى الدرهم شيئان ان يكون جيدا وان تكون العشرة منه بوزن سبعة (قوله الرطبة) بالفتح والجمع الرطاب وهى القثاء والخيار والبطيخ والباذنجان وما جرى مجراه والبقول غير الرطاب مثل الكراث شرنبلالية وذكر العينى ان الرطبة البرسيم والقرطم فى لغة أهل مصر وفى الغاية الرطبة اسم للقضيب ما دام رطبا انتهى وقوله اسم للقضيب كذا بخطه بالياء والذى فى الغاية للاتقانى القضب وفى المصباح القضب وزان فلس الرطبة وهى الفصفصة وقال فى البارع القضب كل نبات اقتص فأكل طريا شيخنا (قوله المتصل) قيد به لانها لو كانت متفرقة فى جوانب الارض ووسطها مزروعة فلا شئ فيها وكذا لو غرس اشجارا غير مثمرة بحر (قوله عشرة دراهم) هكذا وظفه عمر وما لم يوظف فيه كالزعفران والبستان وهو كل أرض لها حائط محيطة وفيها نخيل

حفرها الاعاجم كنهر الملك ونهر يزدجرد فهى خراجية وهذا اذا كان الحيى مسلما واما اذا كان ذميا فعليه الخراج وان كان فى حيز أرض العشر (والبصرة عشرية) عند أبى يوسف وهو الاستحسان (وخراج جريب صلح للزرع مما يزرع فى تلك الارض صاع) وان لم يصلح لغلبة الماء أو نحوها لا يجب شئ (ودرهم) (وفى جريب الرطبة خمسة دراهم وفى جريب الكرم المتصل (والنخل المتصل عشرة دراهم) ونعنى بالمتصل الذى تتصل بعضه ببعض على وجه تكون الارض مشغولة به

متفرقة واشجار يوضع عليه بحسب الطاقة ونهايتها أن يبلغ الواجب نصف الخارج ولا يزاد عليه وسكت عن خراج المقاطعة وهو اذا من الامام عليهم باراضيهم ورأى ان يضع عليهم جزءا من الخارج فانه يجوز نهر ومنه يعلم أن خراج المقاسمة هو خراج المقاطعة (قوله والجريب ستون ذراعا) قال فى الكافى هذا باعتبار عادتهم وليس بتقدير لازم فيعتبر فى كل بلد متعارف أهله انتهى وهذا يقتضى أن يعتبر فى مصر الفدان فانهم لا يعرفون غيره لكن ما فى الكافى مردود والمعول عليه ما ذكرنا من التقدير بحر عن الفتح وقيل الجريب ما يبذر فيه مائة رطل وقيل ما يبذر فيه من الحنطة ستون منا وقيل خمسون منا حموى عن البناية (قوله يزيد على ذراع العامة) بقبضة والقبضة أربعة اصابع بحر عن المغرب (قوله وهى سبع قبضات) الضمير راجع لذراع كسرى والفدان سبعة عشر ألفا وسبعمائة وثمانية وسبعون وثلث ذراع شيخنا (قوله وان لم تطق الخ) معنى عدم الاطاقة أن الخارج منها لا يبلغ ضعف الخراج الموظف فينقص منه الى نصف الخارج بحر عن الخلاصة وفى الهداية فى بلادنا يعنى فرغانة وظفوا الخراج من الدراهم فى الاراضى كلها قال فى البحر وكذا فى غالب أراضى مصر بخلاف أراضى الصعيد فان غالب خراجها قمح اقال فى النهر وهذا غفلة عما نقله عن الفتح من أن المأخوذ من أراضى مصر اجرة لا خراج وأقول ليس هذا غفلة عما بل معنى قوله فان غالب خراجها قمح أى ما يؤخذ منها على صورة الخراج وان كان فى نفس الامر ليس خراجا بل أجرة والقرينة على هذا التأويل ما قدمه أو يقال هذا بالنظر لما كان يؤخذ منها قديما زمان وجود المالكين للاراضى حموى بقى أن يقال ظاهر تعليق جواز النقصان بعدم الاطاقة يفهم أنه لا يجوز معها الا أنه فى الدراية قال دل قولهم لعمر لو زدنا لطاقت على ان النقصان عند قلة الريع يجوز بالاجماع لانه لما جاز النقصان عند قيام الطاقة فعند عدم الطاقة بالاولى انتهى ولو قيل بوجوبه عند عدم الاطاقة وبجوازه عند الاطاقة لكان حسنا وعليه يحمل ما فى الدراية نهر وأقول كيف يحمل عليه ما فى الدراية وقد صرح بالجواز فيهما الا أن يقال الجواز لا ينافى الوجوب حموى وهذا على تسليم ما ذكره فى الدراية من الاولوية بناء على ما ادعاه من جواز التنقيص عند الطاقة ولهذا تعقبه الحموى بان هذا الجواز لا يستفاد من الحديث حتى يترتب عليه الاولوية بل التنقيص عند عدم الطاقة جائز من غير أولوية اه (قوله وأما اذا أراد الامام توظيف الخراج الخ) ومنه تعلم الخلل فى كلام القراحصارى لان ظاهره يفيد ثبوت خلاف محمد حتى فى الارض التى صدر فيها التوظيف عن عمر وليس كذلك (قوله أو زاد على وظيفة عمر) صوابه وزاد حموى (قوله وهو الصحيح) ظاهر ما نقله السيد الحموى عن القراحصارى يفيد ترجيح مذهب محمد (قوله ولا خراج ان غلب على أرضه الماء) او انقطع كذا حكم الاجرة فى الارض المستأجرة شرنبلالية لانتفاء النماء التقديرى المعتبر فى الخراج وهو التمكن من الزراعة درر (قوله أو اصاب الزرع آفة) لان الاصل اذا هلك بطل ما تعلق به در روفيه اشارة الى أن المراد ذهاب كل الخارج وأما اذا ذهب بعضه فان بقى مقدار الخراج ومثله بان بقى مقدار درهمين وقفيزين يجب الخراج لانه لا يزيد على نصف الخارج وان بقى أقل من ذلك يجب نصفه لان التنصيف عين الانصاف زيلعى قال فى البحر والصواب أن ينظر الى مقدار ما انفق ثم ينظر الى الخارج فيحسب ما انفق من الخارج فان فضل منه شئ أخذ منه مقدار ما بينا وما ذكر فى الكتاب ان الخراج يسقط بالاصطلام محمول على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن ان تزرع الارض اما اذا بقى ذلك لا يسقط واطلق الآفة وهو مقيد بالآفة السماوية التى لا يمكن الاحتراز عنها كالغرق والاحتراق وشدة البرد بخلاف ما يمكن الاحتراز عنه كاكل القردة والسباع والانعام حيث لا يسقط الخراج وهو الاصح وجعل فى البحر من هذا القبيل ما لو اكل الزرع الدودة أو الفارة وخالفه فى النهر فى الدودة معللا بانه لا يمكن الاحتراز عنها وقيد بالزرع لانه لو هلك بعد الحصاد لا يسقط وقيد بالخراج لان الاجرة تسقط بالاولين وأما بالثالث فذكر الولوالجى اذا استأجر أرضا للزراعة سنة فاصطلم الزرع آفة قبل مضى السنة فما وجب من الاجر قبل الاصطلام لا يسقط وما وجب

والجريب ستون ذراعا فى ستين بذراع كسرى وانه يزيد على ذراع العامة بقبضة وهو سبع قبضات (وان لم تطق ما وظف نقص) الوظيفة الى ما تطيق (بخلاف الزيادة) أى ان كانت تطيق الارض الزيادة على الوظيفة التى صدرت عن عمر رضى الله عنه بان كثر ريعها فانه لا يجوز اجماعا واما اذا أراد الامام توظيف الخراج على أرض تطيق الزيادة ابتداء وزاد على وظيفة عمر رضى الله عنه فانه لا يجوز عند أبى حنيفة وهو رواية عن أبى يوسف وهو الصحيح وعند محمد يجوز (ولا خراج ان غلب على أرضه) أى أرض الخراج (الماء) حتى مضى وقت الزراعة (او انقطع) الماء عنها (أو أصاب الزرع آفة) لا يمكن دفعها كالجراد والبرد ونحوهما وانما قيدنا به لان فى آفة يمكن دفعها كاكل الدواب ونحوه لا يسقط الخراج

بعد الاصطلام يسقط وعلى هذا الاعتماد خلافا لما فى بعض الروايات من عدم السقوط بحر (قوله وان عطلها الخ) لان التمكن كان ثابتا وهو الذى فوته ولو انتقل الى أحسن الامرين من غير عذر فعليه خراج الاعلى لانه الذى ضيع الزيادة وهذا يعلم ولا يفتى به كيلا تتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس ظلما قيد بكون المعطل هو لانه لو منعه انسان من الزراعة لا يجب عليه الخراج لعدم التمكن وقيد بالخراج الموظف لان كلامه فيه لانه لو كان خراج مقاسمة فلا شئ عليه بالتعطيل وأشار بنسبة التعطيل اليه الى انه كان متمكنا من زراعتها ولم يزرع فلو عجز المالك عن الزراعة فللامام أن يدفعها الى غيره مزارعة و يأخذ الخراج من نصيب المالك وقد قدمنا أن مصر الآن ليست خراجية انما هى بالاجرة فلا شئ على الفلاح لو عطلها ولم يكن مستأجرا ولا جبر عليه اذا سيبها وبه علم أن بعض الزارعين اذا ترك الزراعة وسكن مصر فلا شئ عليه فما تفعله الظلمة من الاضرار فحرام خصوصا اذا أراد الاشتغال بالعلم أو القرآن بحر (قوله أو أسلم صاحبها) فانه يؤخذ منه الخراج على حاله لان فيه معنى المؤنة فامكن ابقاؤه على المسلم بحر واذا توالى على المسلم خراج الارض ومضى عليه سنون لا يؤخذ لما مضى عند أبى حنيفة كالجزية فى حق الذمى حموى عن الولوالجى وهذا هو الراجح در من مسائل منثورة قبيل كتاب الفرائض (قوله أو اشترى مسلم أرض خراج) لما ذكرنا وقد صح ان الصحابة اشتروا أراضى الخراج وكانوا يؤدون خراجها در ثم ان بقى من السنة مقدار ما يتمكن المشترى من الزراعة فالخراج عليه والا فعلى البائع عينى (قوله ولا عشر فى خارج أرض الخراج) نحو أن يشترى المسلم أرض الخراج من الذمى أو يشترى الذمى أرض العشر من المسلم فلا يجب العشر والخراج على المسلم فى الاولى وعلى الذمى فى الثانية حموى عن البناية وانما لا يجب العشر فى خارج أرض الخراج لقوله عليه الصلاة والسلام لا يجتمع عشر وخراج فى أرض المسلم ولان احدا من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى باجماعهم حجة ويجب العشر فى الاراضى الموقوفة ان كان قد اشتراها من مالكها وان كان قد اشتراها من بيت المال بضعف قيمتها أو بقيمتها وكان بالمسلمين حاجة ووقفها فلا عشر ولا خراج لانها انتقلت اليه خالية عن المؤن كما ذكره صاحب البحر وأفرده برسالة ويجب فى أرض الصبيان والمجانين لو عشرية والخراج لو خراجية درر والحاصل أن الواقف لاراضى بيت المال لا يخلو اما ان يكون ملكها بالشراء من بيت المال ولو كان هو السلطان على الوجه الذى ذكرناه أولا بان وصلت اليه بالشراء من المالك الذى من عليه الامام بها أو من وارثه باقطاع السلطان فان كان الاول صح وقفه و وجب اتباع شرطه وسقط الخراج وان كان الثانى صح وقفه أيضا لكن لا يسقط الخراج ولا يجب مراعاة شرطه فيجوز لكل من له حق فى بيت المال ان يتناول وان لم يباشر الوظيفة وهذا محصل ما به يزول الاشتباه فى كلامهم واعلم ان نظير العشر مع الخراج الزكاة مع العشر أو الخراج بان المشترى أرضا عشرية أو خراجية بنية التجارة لم يكن عليه زكاة التجارة وعن محمد عليه الزكاة مع أحدهما حموى عن البناية وكذا الحد مع العقر والجلد مع النفى أو مع الرجم وزكاة التجارة مع صدقة الفطر والقطع مع الضمان والتيمم مع الوضوء والحبل مع الحيض أو النفاس بحر لكن يستثنى من عدم الجمع بين الوضوء والتيمم ما اذا توضأ بنبيذ تمر (تكميل) ترك السلطان أو نائبه الخراج لرب الارض أو وهبه له جاز وحل عند الثانى لو مصرفا والا تصدق به به يفتى وما فى الحاوى من ترجيح حله لغير المصرف خلاف المشهور ولو ترك العشر لا يجوز اجماعا ويخرجه بنفسه للفقراء سراج خلافا لما فى الاشباه تنوير وشرحه

(فصل الجزية) ثبوتها بالكتاب وهو قوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون والسنة وهو ما روى أنه عليه الصلاة والسلام أخذ الجزية من مجوس هجر وقد طعن بعض الملحدين حيث قالوا كيف يجوز تقرير الكفار ولو جاز لجاز تقرير الزانى على الزنى بمال يؤخذ منه والجواب انه بعقد الذمة يسكن مع المسلمين فيرى محاسن الاسلام فيسلم مع أن فيه دفع شره وأجاب فى العناية بان الجزية لم تكن بدلا عن تقرير الكفر بل هى عوض عن ترك القتل والاسترقاق الواجبين فجاز كاسقاط القصاص بعوض

(وان عطلها صاحبها) بان لم يزرعها (أو اشترى مسلم أرض خراج) (الخراج فى الصور كلها) (ولا عشر فى خارج أرض الخراج) وقال الشافعى يجمع بينهما (فصل الجزية) لو وضعت بتراض وصلح) أى برضا الامام ورضا من وضع عليه فيتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق

او هى عقوبة على الكفر فيجوز كالاسترقاق انتهى واعلم ان الجزية هى الضرب الثانى من الخراج وقدم الاول لقوته لوجوبه وان أسلموا بخلاف الجزية أو لانه الحقيقة اذ هو المتبادر عند الاطلاق ولا يطلق على الجزية الا مقيدا وهذا أمارة المجاز وهى لغة الجزاء بنيت على فعلة دلالة على الهيئة التى هى الاذلال عند الاعطاء والجمع جزى كقرى سميت بذلك لانها تجزئ عن القتل نهر ولا يخالفه ما فى العناية وغيرها كالعينى والبحر من قولهم والجمع الجزى كاللحية واللحى لان التنوين والالف واللام يتعاقبان شيخنا واعلم ان الجزية تجب باول الحول على المرجح عندنا وعند الشافعى و بعض مشايخنا بآخره وانما تؤخذ مقسطة على الشهور تخفيفا ويؤيد ما قاله بعض المشايخ اعتبارهم صفة الغنى والفقر فى آخر الحول قال المقدسى فى رسالة الجوالى و ينبغى أن يجعل اصل الوجوب بابتداء الحول ووجوب الاداء فى آخره قال الحموى فعلى هذا يكون الخلاف لفظيا ثم قال والمراد من وجوبها أول العام انها تجب بدخوله وجوبا موسعا كدخول وقت الصلاة فان أدى أول الوقت سقط عنه الواجب وانما قلنا هذا توفيقا بين قولهم تجب باول العام وبين قولهم تقسط على الاشهر (قوله لا يعدل عنها) أى عن الجزية الموضوعة بالتراضى والصلح لانها تتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق عينى ولانه عليه السلام صالح أهل نجران على الفى حلة النصف فى صفر والنصف فى رجب والحلة ازار ورداء هو المختار ولا تسمى حلة حتى تكون ثوبين وما فى الهداية من أنه عليه السلام صالح بنى نجران غير صحيح والصحيح ما ذكره نوح أفندى اهل نجران فان نجران اسم أرض من حى ذى اليمن وكذا قوله على ألف ومائتى حلة غير صحيح والصحيح على الفى حلة (قوله القادر على الكسب) حتى لو لم يعمل مع قدرته وجبت كمن عطل أرض الخراج وفى الينابيع الفقير المعتمل هو الذى يقدر على تحصيل الدراهم والدنانير بأى وجه كان وان لم يحسن حرفة قال فى البحر وظاهر المختصر يفيد ان القدرة على العمل فى حق الفقير فقط وليس كذلك فلو حذف الفقير لكان أولى ومنعه فى النهر بأنه لو اقتصر على قوله وتوضع على المعتمل لما أفاد اشتراط القدرة على العمل فى حق الغنى فالتحقيق ان القدرة فى وسط الحال والغنى معلوم من قوله بعد لا تجب على زمن وقالوا لو كان مريضا أكثر السنة أو نصفها لا تجب عليه ولو كان موسرا (قوله وقال الشافعى يوضع على كل حالم دينار) لقوله عليه الصلاة والسلام لمعاذ خذ من كل حالم وحالمة دينارا او عدله ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلى والصحابة متوافرون ولم ينكر عليهم أحد فصار اجماعا وحديث معاذ فى مال وقع عليه الصلح بدليل وجوبه على الحالمة ولا جزية عليهن وعدل الشئ بالفتح مثله من خلاف جنسه وبالكسر مثله من جنسه عينى وبابه ضرب وكان الظاهر ابدال قوله بدليل وجوبه على الحالمة بقوله بدليل ذكر الحالمة (قوله واعلم ان المعتبر فى الغنى والفقر أكثر السنة) مخالف لما فى الفتح حيث قال و يعتبر وجود هذه الصفات فى آخر السنة قال فى البحر وينبغى اعتبارها فى أولها لانه وقت الوجوب وأقول انما اعتبروا وجودها فى آخرها لانه وقت وجوب الاداء ومن ثم قالوا لو كان فى أكثر السنة غنيا أخذ منه جزية الاغنياء أو فقيرا أخذ منه جزية الفقراء ولو اعتبر الاول لوجب اذا كان غنيا فى أولها فقيرا فى أكثرها جزية الاغنياء وليس كذلك واعلم ان ما أورده فى النهر على اعتبار الاول مشترك الالزام اذ هو وارد أيضا على اعتبار الآخر لاقتضائه وجوب جزية الاغنياء اذا كان غنيا فى آخرها فقيرا فى أكثرها فكان ما ذكره الشارح من اعتبار أكثر السنة بقطع النظر عن الاول والآخر أحسن (قوله والغنى من يملك عشرة آلاف الخ) قاله الكرخى وهو أحسن الاقوال وعليه الاعتماد بحر واعتبر ابو جعفر العرف در عن التتارخانية وفى الشرنبلالية عن الاختيار هو المختار ونقل الشلبى عن المحيط انه الاصح (قوله ومجوسى) ولو عربيا در لما فى البخارى لم يأخذ عمر من المجوسى الجزية حتى شهد عبد الرحمن بن عوف انه عليه الصلاة والسلام أخذها من مجوس هجر نهر وهجر بفتحتين حموى عن النهاية وذكر فى النهر ان اخذ الجزية من الزنادقة يبتنى على قبول توبتهم وقالوا ان جاء الزنديق قبل ان يؤخذ فاقر انه زنديق فتاب تقبل توبته وان بعد

(لا يعدل عنها والا) أى وان لم توضع بالتراضى فانها (يوضع على الفقير المعتمل) وهو الصحيح القادر على الكسب (فى كل سنة اثنا عشر درهما) يؤخذ منه فى كل شهر درهم (و) يوضع (على وسط الحال ضعفه) وهو اربعة وعشرون درهما (و) على (المكثر ضعفه) وهو ثمانية وأربعون درهما وقال الشافعى يوضع على كل حالم دينار أو ما يعدل الدينار والفقير والغنى فى ذلك سواء واعلم ان المعتبر فى الغنى والفقر أكثر السنة فلو كان غنيا فى أكثر الحول وفقيرا فى النصف يؤخذ منه جزية الوسط والغنى من يملك عشرة آلاف درهم فصاعدا والتوسط من يملك مائتى درهم الى عشرة آلاف والفقير من لا يملك مائتى درهم وقيل من لا يملك شيئا من الكسب لا صلاح معيشته شرح ملا مسكين على الكنز (وتوضع الجزية على الكتابى) عربيا كان أو نصرانيا من العرب أو غيره (و) على (المجوسى)

ما اخذ لا تقبل انتهى ونقل الحموى عن الفتاوى العتابية ان الزنديق الاصلى تؤخذ منه الجزية كما نقله
المقدسى فى رسالة الجوالى انتهى وافرد المجوسى بالذكر لانه ليس من اهل الكتاب على قول الاكثر فانهم
قوم من الوثنية قالوا بأصلين هما النور والظلمة يزعمون ان الخير من فعل النور والشر من فعل الظلمة ولهذا
لا تنكح نساؤهم ولا تؤكل ذبائحهم وانما تؤخذ الجزية منهم لانهم من العجم لا لانهم من اهل الكتاب حموى
عن البرجندى (قوله ووثنى عجمى) لجواز استرقاقه فجاز ضرب الجزية عليه درر والعجمى خلاف العربى
ولو فصيحا والاعجمى من فيه عجمة اى عدم افصاح ولو عربيا كما فى المغرب وفى السراج الوثن ما كان
منقوشا فى حائط والصنم اسم لما كان على صورة الانسان والصليب ما لا نقش فيه ولا صورة بحر (قوله
لا وثنى عربى) ولا مرتد لتغلظ كفرهما اما مشركو العرب فلانه عليه السلام نشأ بين أظهرهم والقرآن
نزل بلغتهم والمعجزة فى حقهم أظهر لانهم كانوا اعرف بمعانيه وبوجوه الفصاحة فغلظ عليهم قال تعالى
تقاتلونهم أو يسلمون واما المرتد فلانه كفر بربه بعدما رأى محاسن الاسلام فلا يقبل من الفريقين
الا الاسلام او السيف واذا ظهر عليهم فنساؤهم وذراريهم فىء لانه عليه السلام كان يسترق ذرارى مشركى
العرب وابو بكر استرق نساء بنى حنيفة وصبيانهم وكانوا مرتدين ومن لم يسلم من رجالهم من الفريقين قتل
ولا يسترق لما ذكرنا وكفر المرتد اغلظ من مشركى العرب ولهذا تجبر نساء المرتدين وذراريهم على الاسلام
ولا تجبر نساء عبدة الاوثان وذراريهم زيلعى ولقائل ان يقول هذا منقوض بأهل الكتاب فانه تغلظ كفرهم
بمعرفته عليه السلام معرفة تامة وقد قبل منهم الجزية واجيب بأن القياس يقتضى ان لا تقبل منهم الجزية
الا أنه ترك بالكتاب وهو قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الآية حموى وفى العناية وترك القياس فى
الكتابى العربى بما قدمناه من النص ولولاه لدخل فى عموم قوله عليه السلام يوم حنين لو كان يجرى على
عربى رق لكان اليوم وانما الاسلام أو السيف شرنبلالية فتحصل مما ذكرناه ان المراد بالعربى الذى لا يقبل
منه الا الاسلام أو السيف هو الرجل البالغ الان يكون كتابيا قال الحموى وفى نسبة القبول الى
السيف مسامحة (قوله ولا على صبى الخ) ومثله المجنون والمعتوه حموى أى لا توضع على هؤلاء لانها
خلف عن النصرة ولا تجب عليهم النصرة بالقتال ولو أدرك الصبى أو أفاق المجنون أو اعتق العبد أو برأ
المريض قبل وضع الامام الجزية وضع عليهم وبعد الوضع لا لان المعتبر اهليتهم وقت الوضع بخلاف
ما اذا أيسر بعد الوضع حيث توضع عليه لانه أهل للجزية وانما سقطت عنه لعجزه وقد زال شيخنا عن
الاختيار (قوله وامرأة) يستثنى بنو تغلب فانها تؤخذ من نسائهم كما تؤخذ من رجالهم لان ذلك وجب
بالصلح ويتطرق حكم الخنثى المشكل والظاهر وجوبها عليه لانه يعامل بالاضر حموى وأقول يعكر عليه
ما سيأتى فى باب المرتدين من جعلهم الخنثى كالانثى حتى قالوا لا يقتل لو ارتد نهر (قوله ولا مكاتب) قلت
وكذا ابن أم الولد حموى (قوله ولا زمن) الزمانة عدم بعض أعضائه أو تعطيل قواه شرنبلالية عن
البحر (قوله غير معتمل) يلحق به المكتسب اذا لم يفضل من كسبه شئ حموى عن المفتاح (قوله وراهب
لا يخالط) الراهب عابد النصارى وسمى بالراهب لانه يمتنع عن تناول الاغذية فيهزل ويدق حموى عن
البرجندى (قوله توضع عليه اذا كان يقدر) جزم به فى الاختيار والجوهرة شرنبلالية وفى البرجندى
عن قاضيخان تؤخذ الجزية من الراهب والقسيس فى ظاهر الرواية وعن محمد لا تؤخذ انتهى فعلى هذا
ما ذكره المصنف خلاف ظاهر الرواية حموى (قوله وتسقط بالاسلام) بأن أسلم بعدما تمت السنة لقوله
عليه السلام من أسلم فلا جزية عليه وانما لم يسقط الرق به لانه تعلق به حق معين فلا يبطل به وفى الخانية
ولو عمى أو صار مقعدا أو زمنا أو شيخا لا يقدر على العمل أو فقيرا لا يقدر على شئ أو اسلم وقد بقى عليه شئ
منها يسقط ذلك الباقى وفى الخلاصة لو عجل الجزية لسنتين ثم أسلم ترد عليه جزية سنة واحدة ولو أدى
الجزية فى أول السنة ثم أسلم فيها لا يرد عليه شئ منها وهذا قول من يقول بوجوب الجزية أول السنة وهو
الصحيح نهر وقوله بأن أسلم بعدما تمت السنة لا للاحتراز عما لو أسلم قبل تمامها بل ليتصور سقوطها اذ هى

قبل التمام لم تجب قيد بالجزية لان الديون والخراج والاجرة لا تسقط بالاسلام والموت اتفاقا واختلف
فى سقوط الخراج بالتداخل فعند الامام يسقط وعندهما لا وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق كالعشر حموى عن
البحر وينبغى ترجيح الاول لانه عقوبة بخلاف العشر نهر عن البحر (قوله بأن مرت عليه سنون ولم يؤدها)
خلاف الاصح فى المراد من التكرار قال فى النهر وهو بدخول السنة الثانية على الاصح لان العقوبات
اذا اجتمعت تداخلت ويدلك على انها عقوبة انها تؤخذ منه على وجه الاذلال ولهذا لو بعث بها على يد وكيله
لا يمكن من ذلك على الاصح بل يكلف ان يأتى بها بنفسه فيعطى واقفا والقابض قاعد ويقول له اعط
الجزية يا ذمى أو يا نصرانى يا يهودى يا عدو الله وفى شرح الطحاوى يصفعه ولا يقول يا كافر ويأثم به ان
آذاه در وغيره وأقول اذا كان الاثم معللا بالايذاء فى قوله يا كافر ففى صفعه بالاولى وهذا وان صرح به
فى البحر بنص وفى بعض الكتب انه يصفع فى عنقه لكن ذكر فى الكلام على قول المصنف ويميز
الذمى الخ ما نصه واذا وجب التمييز وجب ما فيه صغار لا اعزاز لان اذلالهم لازم بغير اذى من ضرب أو صفع
بلا سبب يكون منه الخ (قوله وهى معبد النصارى) فى البحر عن البناية يقال كنيسة اليهود والنصارى
لمعبدهم وكذا البيعة فى الاصل ثم غلب استعمال الكنيسة لمعبد اليهود والبيعة لمعبد النصارى وفى الفتح
وفى ديار مصر لا يستعمل لفظ البيعة بل الكنيسة لمعبد الفريقين ولفظ الدير للنصارى خاصة والبيعة بكسر
الباء والصومعة كالكنيسة لانها تبنى للتخلى للعبادة بخلاف موضع الصلاة فى البيت لانه تبع للسكنى
والصومعة تبنى برأس طويل ليتعبد فيها بالانقطاع عن الناس ويمنعون من احداث بيت النار انتهى
ومن الاحداث نقلها من مكان الى آخر نهر لانه احداث فى ذلك الموضع ويمنعون من بيع الخمر والخنزير
وضرب الناقوس خارج الكنيسة زيلعى وما فى النهر من انهم يمنعون من الفواحش التى يجوز ونها فى دينهم
قال شيخنا لعله لا يجوزونها ثم رأيت بخط الحموى ويمنعون من الفواحش التى يحرمونها اوهو مؤيد لما ذكره
شيخنا واعلم ان ما سبق عن الزيلعى من تقييد المنع عن ضرب الناقوس بكونه خارج الكنيسة يفيد انهم
لا يمنعون منه داخلها واطلاق المنع خارجها شامل لما لو كان فى البيت وبه صرح فى الخانية ويمنعون
من اخراج الصليب ولو فى يوم العيد خلافا لابى يوسف فى يوم العيد ويمنعون من رفع اصواتهم بقراءة
الزبور ان كان فيه اظهار الشرك والافلا وحاصل ما نقله السيد الحموى عن قاضيخان انهم يمنعون من
هذه الاشياء فى المصر وفنائها قال والناقوس لهم كالاذان لنا فيقع به اظهار الشرك (قوله وهى معبد
اليهود) اى فى الاستعمال والا فهى فى الاصل تطلق على معبد كل منهما كالبيعة كما سبق عن البناية
ثم ظهر ان ما ذكره فى البناية قول بل حكاه البرجندى بقيل بعد ان صدر بما مقتضاه ان تكون تسمية
معبد النصارى بالبيعة كمعبد اليهود بالكنيسة تسمية حقيقية وحينئذ فيبقى كلام الشارح على
ظاهره المتبادر ونصه على ما نقله الحموى البيعة فى الاصل فعلة من البيع سمى بها معبد النصارى اذ فيها
تقع العبادة التى هى بيع الدنيا بالآخرة والكنيسة فعيلة من الكنس بمعنى الستر سمى بها معبد اليهود
لانهم يستترون فيها من الناس ولا يخالطونهم وقيل يستعمل كل منهما فى الآخر وقيل البيعة مطلق
المعبد وكذلك الكنيسة لكن كثر استعمال الاولى فى معبد النصارى والثانية فى معبد اليهود اه
(قوله ولا فى القرى) وهو المختار بحر عن الفتح والخلاف فى غير جزيرة العرب اما هى فيمنعون من قراها
أيضا لخبر لا يجتمع دينان فى جزيرة العرب نهر قيل انما سميت أرض العرب بالجزيرة لان بحر فارس وبحر
الحبش ودجلة والفرات قد احاطت بها اعناية وبحر فارس بقرب البصرة (قوله ويعاد المنهدم) لان
الامام لما أقرهم وقد علم ان الابنية لا تبقى فقد عهد اليهم بالاعادة وفيه ايماء الى ان الزيادة عليه لا تجوز وبه
صرح فى الخانية وغيرها قال فى عقد الفرائد يؤخذ من هذا انهم لا يبنون ما كان باللبن بالآجر ولا ما كان
بالآجر بالحجر ولا ما كان بالجريد وخشب النخل بالنقى والساج ولا بياضا لم يكن ولم أجد فى شئ من الكتب
ان لا تعاد الا بالنقض الاول وكون ذلك مفهوم الاعادة شرعا أو لغة غير ظاهر عندى قال فى النهر ومقتضى

النظران النقض الاول حيث وجد كافيا للبناء الاول لا يعدل عنه الى آلة جديدة اذ لا شك فى زيادة الثانى
على الاول حينئذ وبقى مالو هدمت بغير وجه شرعى فنقل السبكى الاجماع على انها لا تعاد قال فى الاشباه
ويستنبط منه انها اذا قفلت ولو بغير وجه شرعى لا تفتح انتهى وفيه نظر لا يخفى ولم يبين وجه النظر
والفرق بين اعادة المنهدم وعدم اعادة المهدوم هو ان فى هدم القديم ابتداء اختلاف الرواية فاذا وقع
فقد صادف الجواز على رواية فيتفرع عليها عدم اعادته لما فيه من بقاء شعار أهل الاسلام واما اعادة
ما انهدم ففرعة على عامة الروايات من عدم التعرض لها اذا كانت موجودة قبل الفتح كذا ذكره شيخنا
واعلم ان ما سبق عن النهر من لزوم الزيادة على الاول اذا عدلوا عن النقض الاول فيه نظر (قوله ويميز
الذمى الخ) واختلف فى سكناهم بيننا فى المصر والمعتمد الجواز فى محلة خاصة كذا فى الاشباه وأقره
مصنف التنوير وغيره لكن رده شيخ الاسلام جوازاده وذكر ان المراد بالمنع ان يكون لهم فى المصر محلة
خاصة يسكنونها ولهم فيها منعة كمنعة المسلمين فاما سكناهم بينهم وهم مقهورون فلا منع در وحموى على
الاشباه مع انه هنا نقل ماذكره فى الاشباه وأقره تبعا لشيخه الشيخ حسن واعلم انه يشترط لجواز سكناهم بين
المسلمين عدم تقليل الجماعة تنوير فان لزم ذلك أمروا بالاعتزال عنهم والسكنى بناحية ليس فيها مسلمون
انتهى وذكر قبله انه اذا اشترى دارا يجبر على بيعها من المسلم قال فى الدر وقيل لا يجبر الا اذا كثروا
(تتمة) فى جواز تسميهم باسماء المسلمين كابى بكر ونحوه تفصيل ذكره ابن القيم رحمه الله تعالى
فقسم مختص بالمسلمين وقسم مختص بالكفار وقسم مشترك فالاول كمحمد وأحمد وابى بكر وعمر وعثمان
وعلى وطلحة والزبير فهذا النوع لا يمكنون من التسمى به والثانى كجرجس وبطرس ويوحنا ونحوها
فلا يمنعون منه ولا يجوز للمسلمين التسمى بذلك لما فيه من المشابهة والنوع الثالث كيحيى وعيسى وايوب
وداود وسليمان وزيد وعمرو وعبدالله وعطية وسلام ونحوها فهذا لا يمنع منه أهل الذمة ولا المسلمون
فان قيل فكيف تمنعونهم من التسمى باسماء المسلمين وتمكنونهم من التسمية باسماء الانبياء كيحيى
وعيسى وداود وسليمان وابراهيم ويوسف ويعقوب قلت لان هذه الاسماء كثر اشتراكها بين الكفار
والمسلمين بخلاف اسماء الصحابة واسم نبينا عليه الصلاة والسلام فانها مختصة فلا يمكن أهل الذمة من
التسمية بها انتهى (قوله فى الزى) فى المصباح الزى بالكسر الهيئة وقال النووى فى شرح مسلم بفتح
الزاى وكسرها وتشديد الياء ويجب ان تميز نساؤهم عن نسائنا فى الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم
علامة كيلا يقف عليها سائل فيدعو لهم بالمغفرة لان فيه اهانة المسلم فى نفس الامر حيث يدعو الى عدو الله
بل بمجرد وقوف المسلم على باب أهل الكفر ذل واهانة فضلا عن الدعاء لهم قلت ويستفاد منه قبح ما يفعله
سؤال زماننا من الوقوف بين ايديهم بغاية الذلة يدعون لهم ويستعطون منهم بل قد وقع فى زماننا ممن
ينسب للعلم والفضل مدحتهم بالقصائد حموى (قوله فلا يلبس رداء) وكذا يمنع من القعود حال قيام
المسلم ولو قام له المسلم تعظيما له أو لغناه كره وان اطمعه فى الاسلام فلا بأس به وجزم الطرطوسى بانه ان قام
تعظيما لذاته وما هو عليه كفر ولا شك فى منع استكتابهم وادخالهم فى المباشرة التى يكونون بها معظمين
عند المسلمين نهر لان مال الكتابة قبول قولهم وفيه تشترط العدالة ودليله نحو قوله تعالى يا أيها الذين
آمنوا لا تتخذوا الكافرين أولياء من دون المؤمنين وقوله تعالى ومن يتولهم منكم فانه منهم وقد افرد
هذه المسئلة بعض ائمتنا برسالة برهن فيها على حرمة استكتابهم من الكتاب والسنة (قوله ولا قلنسوة)
فيمنعون من لبس القلانس الصغار وانما تكون طويلة من كرباس مصبوغة بالسواد مضربة مبطنة
واذا لبس قميصا كان ذيله قصيرا وجيبه على صدره نهر عن التتارخانية وفى التنوير وشرحه ويمنع
من لبس العمامة ولو زرقاء أو صفراء على الصواب الخ ويجب تمييزهم فى النعال فيلبسون المكاعب الخشنة
الفاسدة اللون بحر (قوله ويمنعون عن لباس يختص به اهل العلم الخ) قلت الحال الآن على
خلاف ماذكر خصوصا فى مصر فيلبسون الثياب الفاخرة النفيسة التى لا يلبسها أجل علماء المسلمين

ولا

(ويميز الذمى عنا فى الزى) أى اللباس
فلا يلبس رداء ودرعا ولا قلنسوة مثل
قلنسوتنا ولا خفا فامثل خفافنا
ويمنعون عن لباس يختص به أهل
العلم والزهد

ولا يميزون فى الحمامات عن المسلمين بشىء من العلامات ويتعاطون المناصب الجليلة كصرافة الديوان
وضبط أموال البلدان الديوانية حتى انه يحصل منهم للفلاحين غاية الاذلال والاهانة حموى وفى البحر
واختار فى فتح القدير بحثا أنه اذا استعلى على المسلمين حل للامام قتله (قوله ويميز فى المركب)
اختار المتأخرون انهم لا يركبون أصلا الا اذا خرجوا الى قرية أو نحوها أو كان مريضا وحاصله
الا الضرورة فيركب ثم ينزل فى مجامع المسلمين اذا مر بهم كذا فى الفتح وفى المجمع وهو الاصح واستثنى
فى الذخيرة من منع الخيل مالو دعت الحاجة الى ذلك بان استعان بهم الامام فى المحاربة والذب عن المسلمين
لكنه يركب فى هذه الحالة باكاف لا بسرج كما قال بعضهم نهر (قوله فيركب حمارا أو بغلا) فيه
نظر اذ لا يصح تفريعه على الاستثناء اللهم الا ان يقال الاستثناء منقطع بمعنى لكن الاستدراكية
حموى وأقول عدم صحة التفريع يبتنى على ما فهمه من ان الاستثناء من منع ركوب الخيل وليس
كذلك فيجعل الاستثناء من المنع من الركوب مطلقا واعلم ان لفظة اللهم يستعمل عقبها الا اذا كان
المستثنى عزيزا نادرا ايذانا بانه بلغ فى الندرة حد الشذوذ عناية (قوله الكستيج) بضم الكاف
وسكون السين المهملة وكسر التاء المثناة شيخنا عن الوانى (قوله وهو خيط غليظ الخ) نقل الحموى
عن البرجندى عن الفتاوى المنصورية ما يقتضى ان الكستيج ما يكون علامة على الكفر مطلقا
لا خصوص ماذكره الشارح ونصه المختار فى كستيجات النصارى قلنسوة سوداء مضربة من لبد وزنار
من صوف (قوله وهو فارسى معرب) يعنى الكستيج ولو ذكره قبل قوله دون الزنار لكان أولى
(قوله كالاكف) بضمتين مثل حمار وحمر كذا فى المصباح وفى المفتاح بفتح الهمزة جمع اكاف وفيه
نظر حموى (قوله ولو قال سروجا أو كالاكاف لكان اصوب) يعنى لو قال سروجا كالاكف أو سرجا
كالاكاف لكان أصوب لحصول المناسبة بين المشبه والمشبه به حموى يقال اكاف الحمار ووكافه
والجمع اكف ويقال اكفت الحمار واوكفته أى شددت عليه الاكاف شيخنا عن المصباح (قوله
ولا ينتقض عهده بالاباء) قيد بالاباء لانه لو امتنع من قبولها انتقض عهده نهر عن الفتح قال خسرو وفيه
اشكال لان معنى الامتناع عن الجزية التصريح بعدم ادائها كان يقول لا اعطى الجزية وهو ظاهر فى انه
ينافى بقاء الالتزام اللهم الا ان يراد بالامتناع تأخيرها والتعلل فى ادائها ولا يخفى بعده انتهى وأقول
انما يكون الامتناع منافيا للالتزام لو لم يجبر على الاداء وهو عليه يجبر وحينئذ لم يؤثر امتناعه فى الالتزام
حموى لانها صارت دينا فى ذمته فيحبس كسائر الديون ونقل عن الولوالجية من كتاب الزكاة ما نصه
واذا امتنعوا عن اداء الجزية يقاتلون لانهم فى الابتداء يقاتلون اذا امتنعوا عن القبول وكذا فى الانتهاء
(قوله وقتل مسلم) لان القصاص منه يستوفى وكذا لا ينتقض عهده بافتان مسلم عن دينه أو بقطع
الطريق نهر وانظر ما فائدة بقاء عهده بعد الاقتصاص منه ويمكن ان يقال تظهر فيما اذا عفا ولى
المقتول وفى حق أولاده الصغار حموى قلت وتظهر أيضا فيما تركه من المال حيث لا يكون فيئا (قوله
وسب النبى صلى الله عليه وسلم) لانه كفر من الذمى كما هو ردة من المسلم والكفر المقارن لعقد الذمة لا يمنعه
فى الابتداء فاولى ان لا يرفعه فى حالة البقاء كذا لا ينتقض عهده بالقول بخلاف امان الحربى فانه ينتقض
بالقول بحر عن المحيط قال فى النهر ويشكل عليه ما قدمناه من انه لو امتنع من قبول الجزية نقض عهده
وليس ذلك الا بالقول قال العينى واختيارى فى السب ان يقتل وتبعه ابن الهمام قلت وبه افتى شيخنا الخير
الرملى ثم رأيت فى معروضات المفتى أبى السعود انه ورد أمر سلطانى بالعمل بقول أئمتنا القائلين بقتله
اذا ظهر انه معتاده وبه افتى ويؤيده ان ابن كمال باشا ذكر ان الحق انه يقتل عندنا اذا اعلن بشتمه عليه
الصلاة والسلام ولو امرأة لما ورد ان عمر بن عدى لما سمع عصماء بنت مروان تؤذى النبى عليه الصلاة
والسلام قتلها ليلا فمدحه عليه السلام على ذلك در وحموى وفى الذخيرة ان ذكره بسوء يعتقده ويتدين به
بان قال انه ليس برسول أو قتل اليهود بغير حق أو نسبه الى الكذب فعند بعض الائمة لا ينتقض عهده

(و) يميز فى (المركب والسرج فلا
يركب خيلا) الا عند حاجتنا الى
الاستعانة فى الحرب فيركب حمارا
أو بغلا أو نحوه (ولا يعمل بالسلاح
ويظهر الكستيج) وهو خيط غليظ
من الصوف بقدر الاصبع يشده
الذمى فوق ثيابه دون الزنار المتخذ من
الابريسم وهو فارسى معرب (ويركب
سرجا كالاكف) جمع اكاف الحمار
وهو معروف ولو قال سروجا او
كالاكاف لكان اصوب (ولا ينتقض
عهده بالاباء) أى بالامتناع (عن
أداء (الجزية والزنى بمسلمة وقتل مسلم
وسب النبى عليه السلام بل) ينتقض
(باللحاق ثمة) وقال الشافعى ينتقض
بسب النبى عليه السلام

اما اذا ذكره بما لا يعتقده ولا يتدين به كما لونسبه الى الزنى أو طعن فى نسبه ينتقض شيخ شاهين واذا طعن الذمى فى دين الاسلام طعناظاهرا جاز قتله لان العهد معقود معه على ان لا يطعن فاذا طعن فقد نكث العهد وخرج من الذمة حموى (قوله وبالغلبة على موضع للحراب) ولو جعل نفسه طليعة للمشركين قتل فتح من نكاح المشرك وقال هنا ان عهده لا ينتقض بدلالته على عورات المسلمين ونحوه فى المحيط والطليعة واحدة الطلائع وهم الذين يبعثون ليطلعوا على اخبار العدو وكذا فى المغرب فيحمل الاول على ما اذا بعثوه لذلك والثانى على ما اذا لم يبعثوه نهر (قوله وصار كالمرتد) فى حل قتله ودفع ماله لورثته لانه التحق بالاموات بتباين الدارين والمال الذى لحق به دار الحرب يكون فيئا وليس لورثته ان يأخذوه كالمرتد بخلاف ما اذا رجع الى دار الاسلام بعدما لحق دار الحرب واخذ شيئا من ماله ولحق بدار الحرب حيث يكون لورثته ان يأخذوه لانه حين التحق بدار الحرب ملكوه فللمالك القديم ان يأخذ ماله مجانا أو بعوض على ما يناز يلعى (قوله الا انه لواسر يسترق) بخلاف المرتد فانه يقتل وهذه المسئلة احدى مسئلتين ذكرهما فى التنوير وشرحه والثانية لا يجبر على قبول الذمة والمرتد يجبر على الاسلام (قوله من تغلبى) بمثناة فمعجمة ولام مكسورة نسبة الى بنى تغلب بن وائل بن ربيعة قوم تنصروا فى الجاهلية وسكنوا بقرب الروم نهر (قوله ضعف زكاتنا) بذلك صالحهم عمر بن الخطاب واشار الى ان المأخوذ منهم وان كان جزية لا يراعى فيه شرائطها من وصف الصغار وتقبل من النائب بل شرائط الزكاة واسبابها لان الصلح وقع كذلك ولهذا أخذ من المرأة لاهليتها لها بخلاف الصبى والمجنون حيث لا يؤخذ من مواشيهم وأموالهم بخلاف اراضيهم واذا كان كذلك فيأخذ الساعى من غنمهم السائمة من كل أربعين شاة شاتين ومن كل مائة وعشرين اربع شياه وعلى هذا فى الابل والبقر نهر ولا شئ فى بقية أموالهم ورقيقهم كما فى الاتقانى يعنى اذا لم يمروا على العاشر اما اذا مروا على العاشر فانه يأخذ منهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين حموى (قوله وقال زفر لا يؤخذ من نسائهم) لانه جزية فى الحقيقة على ما قال عمر هذه جزية فسموها كيف شئتم ولا جزية على النساء ولنا ان عمر صالحهم على ضعف الزكاة والزكاة تجب على النسوان فكذا ضعفها زيلعى (قوله لانه لا يؤخذ من الصبى والصبية) أى لا يؤخذ من مواشيهم وأموالهم بخلاف أراضيهم نهر لان الزكاة لا تجب فكذا المضاعفة بخلاف المرأة فانها أهل للوجوب درر وكذا لا يؤخذ من فقرائهم حموى عن الاختيار ومثل الصبى والصبية المجنون والمعتوه (قوله أى اذا اعتق القرشى عبدا كافرا) يؤخذ منه الجزية والخراج وقوله عليه السلام مولى القوم منهم انما يعمل به فى حق الصدقة فيجعل مولى الهاشمى كالهاشمى فى هذا الحكم لان الحرمات تثبت بالشبهات درر فان قلت لو كانت الحرمات تثبت بالشبهات لحرمت الصدقة على مولى الغنى قلت الغنى أهل للصدقة فى الجملة بدليل انه لو كان عاملا عليها اعطى كفايته منها بخلاف الهاشمى نهر (قوله خلافا لزفر) لقوله عليه السلام ان مولى القوم منهم ولنا انه لو الحق بالمولى هنا كان تخفيفا اذ التضعيف اخف لانه ليس فيه وصف الصغار والمولى لا يلحق بالاصل فى التخفيف وورد الحديث على خلاف القياس فى حرمة الصدقة فلا يلحق به ما ليس بمعناه عينى الا ترى ان الجزية توضع على مولى المسلم اذا كان كافرا ولو لحق فيه لما وضع عليه زيلعى أى لو لحق فى التخفيف (قوله وهدية أهل الحرب) وانما يقبلها اذا وقع عندهم ان قتالنا للدين لا للدنيا در عن الجوهرة وهذا احد اقوال حكاها فى النهر اعلم ان بيوت مال المسلمين أربعة لكل خزانة ومصرف الاول ما ذكره المصنف ومن جملة هذا النوع ما يأخذه العاشر من أهل الحرب وأهل الذمة اذا مروا عليه ومال أهل نجران وما صولح عليه أهل الحرب على ترك القتال قبل نزول العسكر ساحتهم كل ذلك يصرف الى مصالح المسلمين الثانى الزكاة والعشر ومصرفهما من يجوز صرف الزكاة اليه الثالث خمس المعادن والغنائم والركاز ومصرفه ما ذكر فى قوله تعالى فان لله خمسه الآية والرابع اللقطات والتركات التى لا وارث لها ودية مقتول لا ولى له وقوله فى النهر ومنه تركة أهل الذمة

(وبالغلبة على موضع للحراب وصار) بعدهما (كالمرتد) الا انه لواسر يسترق بخلاف المرتد (ويؤخذ من) أموال (تغلبى وتغلبية بالغين ضعف زكاتنا) وقال زفر لا يؤخذ من نسائهم أيضا وهو قول الشافعى وانما قيد بالبالغ لانه لا يؤخذ من الصبى والصبية (ومولى التغلبى كمولى القرشى) أى اذا اعتق القرشى عبدا كافرا يؤخذ منه وكذا معتق التغلبى يؤخذ منه الجزية اذا كان كافرا ولا يعتبر حاله بحال مولاه خلافا لزفر ولا يضاعف عليه هذا ولما بين على من وجب فقال (والخراج والجزية ومال التغلبى وهدية أهل الحرب) أراد ان يبين المصارف الى الامام (وما اخذنا منهم بلا قتال يصرف فى مصالحنا

كما فى الظهيرية محمول على ما اذا لم يكن لها وارث حموى ومصرفه اللقيط الفقير والفقراء الذين لا اولياء لهم يعطون منه نفقتهم وأدويتهم وكفنهم وعقل جناياتهم وعلى الامام ان يجعل لكل نوع من هذه الانواع بيتا يخصه وله ان يستقرض من بعضها لبعض عند الحاجة اليه ثم يرده اذا حصل الا ان يكون ما صرف من الصدقات أو خمس الغنائم على أهل الخراج وهم فقراء فانه لا يرد شيئا لانهم مستحقون للصدقات بالفقر وكذا فى غيره اذا صرفه الى المستحق زيلعى وغيره وفى البحر ليس للذمى شئ من بيت مال المسلمين الا ان يكاد يهلك فيعطيه قدر ما يسد جوعته انتهى قال فى الشرنبلالية وكذا فى الحاوى القدسى لكن نقل الحموى عن المفتاح معزيا الى شرح القدورى للزاهدى لو انفق الامام على فقير ذمى من بيت المال جاز ولم يقيده بخوف الهلاك واقول يمكن حمل ما فى البحر والحاوى القدسى على الوجوب (قوله كسد الثغور) أى تحصينها بالرجال والعدة والذخيرة حموى (قوله والجسر عام) لانه قد يكون بالخشب وقد يكون بالتراب والقنطرة لا تكون الا بالحجر وبهذا ظهر فساد قول قراحصارى انهما مترادفان والجسر بفتح الجيم وكسرها حموى (قوله وكفاية القضاة) هذا بحسب زمانهم اما كفاية القضاة واعوانهم فى زماننا فاسراف وظلم فليراجع الحاوى القدسى والحاوى للزاهدى ويجب على الناس ان يعطوا كفاية الفقهاء والمحتسبين وكل من يتفرغ للدين لانه انقطع حقهم فى بيت المال فلو اشتغلوا بالكسب لم يتفرغوا للتعليم فيظهر الجهل بين الناس بخلاف امام المسجد والمؤذن كذا بخط الحموى (قوله والعمال) جمع عامل وهو الذى يأخذ الصدقات ويدخل فيه كل من يعمل للمسلمين كالكتاب عند القضاة والرقباء على السواحل وشهود القيمة على ما وجدته بخط الحموى والذى بخط الشيخ شاهين شهود القيمة وذكر ما نصه أى اذا اختلفوا فى القيمة أو شهدوا بالقيمة من غير اختلاف اه (قوله والعلماء) عطف عام على خاص وفى المفتاح عطف العلماء على القضاة لان القاضى ربما لا يكون عالما كقضاة زماننا وقال البرجندى والعلماء هم أصحاب التفسير والفقه والحديث والظاهر أن المراد العلوم الشرعية فيشمل النحو والصرف وغيرهما حموى زاد فى التجنيس والمتعلمين قال فى الفتح وبهذا تدخل طلبة العلم وفى حظر الخانية سئل الرازى عن بيت المال هل للاغنياء فيه نصيب قال لا الا أن يكون عالما أو قاضيا وليس للفقهاء فيه نصيب الا فقيه فرغ نفسه لتعليم الناس الفقه والقرآن قال فى البحر فيحمل ما فى التجنيس على ما اذا فرغ نفسه لذلك بان يصرف غالب أوقاته فى العلم ودخل المفتى وبه صرح فى المحيط وفى مسائل الفتاوى لكل قارئ فى كل سنة مائتا دينار وألف درهم ان أخذها فى الدنيا والا يأخذها فى الآخرة قلت ينظر ما معنى أخذها فى الآخرة حموى وفى الحاوى المراد بالحافظ فى حديث لحافظ القرآن مائتا دينار هو المفتى اليوم در (قوله وذراريهم) لان نفقة الذرارى على الآباء فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب بحر (قوله أى ذرارى المقاتلة) مثله فى شرح باكير وقال العينى الظاهر ان ضمير ذراريهم يرجع الى الكل لان التعليل فى المقاتلة موجود فى الكل ونحوه فى شرح القراحصارى واعلم أن صاحب البحر ذكر ان الضمير فى الذرارى يرجع للكل من القضاة والعلماء والمقاتلة لان العلة تشمل الكل كما ذكره مسكين وتبعه فى العز ولمسكين فى الدر وهو سبق قلم ثم ان ظاهر المتون ان الذرارى يعطون بعد موت آبائهم كما يعطون فى حياتهم وتعليل المشايخ يدل على أنه مخصوص بحياة آبائهم ولم أر نقلا صريحا فى الاعطاء بعد موت آبائهم حالة الصغر بحر (قوله كعمارة المساجد) افاد بالتمثيل أنه يصرف أيضا هذا النوع لنحو الكراع والسلاح والعدة للعدو وحفر انهار العامة وبناء المساجد والنفقة عليها ذكره قاضيخان فافاد أن من المصالح بناء المساجد والصرف على اقامة شعائرها من وظائف الامامة والاذان ونحوهما بحر (تنبيـــه) عمارة الكعبة المشرفة ونفقتها من جملة مصرف البيت الاول من بيوت المال لان مصرفه مصالح المسلمين ومن معظمها عمارة الكعبة المشرفة وفى الظهيرية يجوز صرف الخراج الى نفقة الكعبة انتهى وأقول انما يتم هذا بالنسبة الى الجزية والخراج ان لو أخذا على الوجه الشرعى لان أخذ الجزية والخراج الآن على خلاف ما ورد به الشرع

كسد الثغور) جمع ثغر وهو موضع المخافة من العدو (وبناء القناطر والجسور) والقنطرة ما تبنى على الماء للمرور والجسر عام (وكفاية القضاة والعمال والعلماء والمقاتلة وذراريهم) أى ذرارى المقاتلة وانما قيد بقوله بلا قتال لان المأخوذ منهم بالقتال يخمس ثم يقسم بين الغانمين كما مر واعلم ان الكاف فى سد الثغور اشارة الى انه له مصارف اخر كعمارة المساجد والرباطات ورم ما انشق من الانهار (وفى (ومن مات) من أهل العطاء نصف السنة

جوى (قوله حرم من العطاء) لانه صلة لا يملك قبل القبض كالمرأة اذا ماتت ولها نفقة مفروضة في ذمة الزوج زيلعى وفى فوائد صاحب المحيط المؤذن والامام اذا كان لهما وقف ولم يستوفيا حتى ماتا فانه يسقط لانه في معنى الصلة وكذلك القاضى وقيل لا يسقط لانه كالاجرة درر وفى الاشباه جزم فى البغية مختصر القنية بانه يورث بخلاف رزق القاضى ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها الاصح أنه يجب الرد شرنبلالية أى رد رزق ما بقى من السنة فعلى هذا التصحيح ينبغى اذا مات أن يرد ما بقى بعينه من الرزق لباقى السنة انتهى والتقييد برد العين يشير الى أنه لو لم يكن باقيا لا يرد مثله واعلم ان الرزق والعطاء متقاربان الا أن الفقهاء فرقوا بينهما فقيل الرزق ما يخرج للجندى كل شهر والعطاء ما يخرج له فى السنة مرة أو مرتين وعن الحلوانى العطاء كل سنة أو شهر والرزق يوما بيوم وفى شرح القدورى العطاء ما يصرف لمقاتله والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة جوى عن البرجندى معزيا للمغرب ونقل شيخنا عن القهستانى ان الرزق بالكسر اسم من الرزق بالفتح مما ينتفع به كما فى القاموس وقال الراغب الرزق يقال للعطاء الجارى دنيويا أو دينيا وللنصيب ولما يصل الى الجوف ويتغذى به الخ (قوله يستحب صرف ذلك الى ورثته) لانه قد أوفى عناءه فيصرف اليه ليكون أقرب الى الوفاء زيلعى ووقع فى بعض النسخ بدل يستحب يجب وهو خلاف الصواب شيخنا (قوله واعلم أن اهل العطاء الخ) ويعطى بقدر الحاجة والفقر والفضل (قوله والمدرس) يعنى مدرس المسجد أما مدرس المدرسة والامام والمؤذن اذا ماتوا فى اثناء السنة أو عزلوا وقد باشروا مدة فانه لا يحرم جوى عن الطرسوسى والله أعلم

(باب المرتدين)

المرتد لغة الراجع وشرعا الراجع عن دين الاسلام وركنها اجراء كلمة الكفر على اللسان بعد الايمان وهو تصديق محمد عليه الصلاة والسلام فى جميع ما جاء به عن الله مما علم مجيئه ضرورة وهل هو فقط أو مع الاقرار قولان واكثر الحنفية على الثانى والمحققون على الاول والاقرار شرط لاجراء الاحكام الدنيوية بعد الاتفاق على أنه يعتقد انه متى طولب به أتى به فان طولب به فلم يقر فهو كفر عناد قال المصنف وفى الفتح من هزل بلفظ كفر ارتد وان لم يعتقده للاستخفاف فهو ككفر العناد والكفر لغة الستر وشرعا تكذيبه عليه السلام فى شئ مما جاء به من الدين ضرورة والفاظه تعرف فى الفتاوى بل افردت بالتأليف مع انه لا يفتى بالكفر بشئ منها الا فيما اتفق المشايخ عليه قال فى البحر وقد الزمت نفسى ان لا افتى بشئ منها در وفى المسايرة ولاعتبار التعظيم المنافى للاستخفاف كفر الحنفية بالفاظ كثيرة وافعال تصدر من المتهتكين لدلالتها على الاستخفاف بالدين كالصلاة بلا وضوء ومنها ما فى الظهيرية دفع الى الفقير من المال الحرام شيئا يرجو به الثواب يكفر ولو علم الفقير بذلك فدعا له وامن المعطى كفرا جميعا نهر قال ابن وهبان وينبغى أن يكون كذلك لو امن اجنبى غيرهما والمسئلة مقيدة بقيدين الاول ان تكون حرمة المتصدق به قطعية كما اذا تصدق بعين المكس اما اذا أخذ مائتين من رجل وتصدق بهما بعد خلطهما لا يكفر لانه قبل اداء الضمان وان كان حرام التصرف لكنه ليس بحرام لعينه كذا فى البزازية قال الشيخ عبد البر وهذا قول الامام لانه يرى الخلط استهلاكا اقول وعلى قول من لا يرى فينبغى ان لا كفر لشبهة الخلاف الثانى أن يكون الآخذ عالما بانه حرام قاله الشيخ عبد البر ولم يعزه والظاهر ان اشتراط العلم فى المعطى والمؤمن أيضا شيخنا عن اجابة السائل اختصار انفع الوسائل لصاحب النهر (قوله الكفر الاصلى) فيه أن الايمان أصل بحسب الفطرة والكفر عارض وحينئذ فما معنى كون الكفر اصليا جوى اعلم أن صاحب الفتاوى اليتيمة قال سمعت عن بعض الاكابر ان من قال موضع الامر بالشئ أو موضع الاجازة بسم الله مثل أن يقول له احد ادخل أو اقوم أو اصعد أو اتقدم أو اسير وقال المستشار بسم الله يعنى به اذنتك فيما استأذنت كفر يعنى حيث وضع كلام الله موضع كلامه مهانة توجب اهانة وهذا تصوير مسئلة الاجازة

واما

حرم من العطاء) وانما وضع المسئلة فى نصف السنة لانه لو مات فى آخر السنة يستحب صرف ذلك الى ورثته واعلم ان اهل العطاء فى زماننا القاضى والمدرس والمفتى
(باب المرتدين)
لما فرغ من بيان احكام الكفر الاصلى شرع فى بيان احكام الكفر العارضى

وأما تصوير مسئلة الامر فهو أن يقول صاحب الطعام لمن حضر بسم الله وهذه المسئلة كثيرة الوقوع وفى تكفيرهم حرج والظاهر من صنيعهم انهم يتأدبون مع المخاطب حيث لا يشافهونه بالامر ويتبركون بهذه الكلمة مع احتمال تعلقه بالفعل المقدر أى كل بسم الله أو ادخل بسم الله على ان متعلق البسملة فى غالب الاحوال يكون محذوفا فلا يقال للمصنف أو القارئ اذا قال بسم الله انه اراد وضع كلام الله موضع كلامه بل يقال تقديره اصنف أو اقرأ أو ابتدئ كلامى فلا ينبغى للمفتى ان يعتمد على ظاهر هذا النقل لاسيما وهو مجهول الاصل وليس مسندا الى من يتعين علينا تقليده فيجوز لنا تقييده وأما ما نقله البزازى عن مشايخ خوارزم من أن الكيال او الوزان اذا قال بسم الله ووضعه مكان قوله واحد يكفر ففيه المناقشة المذكورة فانه لا يبعد أن يراد ابتدات العد كما يدل عليه البسملة المتعلقة بابتدئ أو ابتدائى أو ابتدأت فحينئذ يستغنى بهذا القدر عن قوله واحد فتدبر فانه ايجاز فى الكلام وليس على صاحبه شئ من الملام شيخنا عن شرح منلا على قارى على الالفاظ المكفرة للشيخ قاسم بن قطلوبغا قال وفى الشرح المذكور ان المزاح بالقرآن كفر وان وضع القرآن موضع كلام المتكلم كفر (قوله يعرض الاسلام على المرتد) فيه ايماء الى ان اليهودى لو تنصر او تمجس والنصرانى لو تهود او تمجس لا يجبر على العود الى ما كان عليه لان الكفر كله ملة واحدة جوى عن البرجندى اعلم انه يشترط لصحة الردة العقل والصحو والطوع فلا تصح ردة مجنون ومعتوه وموسوس وصبى لا يعقل وسكران ومكره عليها واما البلوغ والذكورة فليسا بشرط بدائع وفى الاشباه لا تصح ردة السكران الا الردة بسب النبى عليه الصلاة والسلام فانه يقتل در وهو محمول على ما اذا سكر من محظور (قوله رجلا أو امرأة) فى تناول اطلاق المصنف للمرأة مع التعبير بالمرتد نظر اللهم الا ان يقال تناوله باعتبار ان كل حكم ورد فى الذكور كان فى الاناث الا ما استثنى جوى (قوله لانه مستحب) على الظاهر من المذهب خلافا لما يظهر من قوله يعرض الاسلام على المرتد فانه ظاهر فى وجوبه نهر عن الفتح (قوله وتكشف شبهته) اذ عساه ان الردة كانت لشبهة اعترته نهر (قوله ويحبس وجوبا وقيل ندبا در (قوله ثلاثة أيام) يعرض عليه الاسلام فى كل يوم كما فى الخانية وهذا ظاهر فى وجوب الانظار مع ان استحسانه مطلقا انما هو رواية عن الامام وظاهر الرواية انه لا بد من طلبه ذلك نهر فان لم يطلبه لا يستحب ويقتل من ساعته الا اذا كان يرجى اسلامه بحر عن البدائع فان قيل تقدير المدة بثلاثة أيام نصب للحكم بالرأى أجيب بأن هذا من قبيل اثبات الحكم بدلالة النص لان ورود النص فى خيار البيع بثلاثة أيام وروده فيه لان التقدير بثلاثة أيام هناك انما كان للتأمل عناية (قوله فتأويل ما فى المتن انه اذا استمهل للتفكر) فعلى هذا ما فى الجامع الصغير لا يخالف ما ذكره المصنف وفى الزيلعى ما يخالفه حيث قال بعد ان عزا للجامع الصغير انه لم يذكر فيه الامهال ففيه روايتان اه (قوله اذا استمهل) وظاهر المبسوط الوجوب فانه قال اذا طلب التأجيل كان على الامام ان يمهله وعن الامام الاستحباب مطلقا بحر (قوله فان أسلم فهو المراد) أطلقه فعم ما لو تكررت منه الردة وكان عليه السلام يقبل ظاهر الاسلام من المنافقين وعن أبى يوسف انه اذا تكرر منه الارتداد يقتل من غير عرض الاسلام عليه لانه مستخف بالدين زيلعى وقوله يقتل من غير عرض الاسلام يحتمل ان يكون المراد يقتل ان لم يسلم ويحتمل ان يكون المراد وان أسلم وكلا الاحتمالين مصرح به اما الاول فقد نقل السيد الحموى عن البناية ان المرتد اذا تاب وعاد الى الاسلام ثم عاد الى الكفر حتى فعل ذلك ثلاث مرات وفى كل مرة طلب من الامام التأجيل أجله الامام ثلاثة أيام فان عاد الى الكفر رابعا ثم طلب التأجيل فانه لا يؤجله فان أسلم والا قتل انتهى قال ومثله فى مختصر السرخسى واما الثانى ففى الدر عن الخانية ما يفيد قتله بلا توبة انتهى وأيضا بين النقلين فرق من جهة أخرى فما فى البناية ذكر ذلك فيما اذا ارتد رابعا وفى الدرر ذكره فى الثالثة وما فى الزيلعى يمكن تخريجه على كل منهما لانه لم يتعرض لذكر عدد بل اقتصر على ذكر تكرار الردة على ان التكرار يصدق بالمرة الثانية (قوله فهو المراد) أشار به الى ان جزاء الشرط محذوف جوى واعلم ان كل مسلم ارتد فتوبته مقبولة الا من

(يعرض الاسلام على المرتد) مطلقا سواء كان حرا أو عبدا رجلا أو امرأة (الى انه مستحب (وتكشف شبهته) لانه عساه وقعت فى امر دينه (ويحبس ثلاثة أيام) أى اذا أبى عن الاسلام بعد العرض وفى الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان أبى قتل فتأويل ما فى المتن انه اذا استمهل للتفكر (فان أسلم) فهو المراد

تكررت منه الردة على مامر أوسب نبيامن الانبياء فانه يقتل حداولاتقبل توبته والمراد عدم قبول توبته لعصمة دمه واما اسلامه بتوبته فصحيح من مناهى الشرنبلالى ولوسب الله تعالى قبلت لانه حق الله تعالى والاول حق عبد لايزول بالتوبة ومن شك فى عذابه وكفره كفردرمن فصل الجزية وكذالو بغضه بالقلب فتح واشباه وفى فتاوى المصنف ويجب الحاق الاستهزاء والاستخفاف به لتعلق حقه وقيل الكافر بسبه عليه السلام يعامل معاملة المرتد كمافى الشفاء وغيره كالنتف وهذا صريح فى قبول توبته وكذا الكافر بسب الشيخين أواحدهما لاتقبل توبته وهو المختار للفتوى وجزم به فى الاشباه وهذا يقوى القول بعدم قبول توبة من سب الرسول وكذا الكافر بسبب اعتقاده فى السحر لاتوبة له ولوامرأة فى الاصح اسعيها فى الارض بالفساد زيلعى ثم قال وكذا الكافر بسبب الزندقة لاتوبة له وجعله فى الفتح ظاهر الرواية لكن فى حظر الخانية الفتوى على انه اذا أخذ الساحر أوالزنديق قبل توبته ثم تاب لم تقبل توبته ويقتل وان أخذ بعدها قبلت وأفادفى السراج ان الخناق لاتوبة له وفى الشمنى الكاهن قيل كالساحر وفى الفتح المنافق الذى يبطن الكفر ويظهر الاسلام كالزنديق الذى لايتدين بدين وفى الفتح يكفر الساحر بتعلمه وفعله اعتقد تحريمه أولا ويقتل انتهى لكن فى حظر الخانية لواستعمله للتجربة والامتحان ولايعتقده لايكفر واعلم ان الكلام فى المسلم اذا تزندق اما الزنديق الاصلى فيترك وشتم الملائكة كالانبياء ومن حوادث الفتوى مالوحكم حنفى بكفره بسبب نبى هل للشافعى ان يحكم بقبول توبته استظهر فى النهران له ذلك لانهاحادثة أخرى ولوحكم بالموجب لان مواجبه متعددة وقد قالوالوحكم شافعى بصحة بيع عقار لايكون ذلك حكامنه بانه لاشفعة فيه بالجوازلماقلنا انتهى والكاهن هو الذى له من الجن من يأتيه بالاخبار (تتمة) تحبط الردة ثواب الاعمال وعليه اذاعادالى الاسلام ان يعيدالحج والنكاح دون الصلوات والزكاة والصيامات الا انه اذاعادفى وقت صلاة صلاها كان عليه أداؤها ثانيا وهل تعود حسناته بعوده الى الاسلام قال أبوعلى وأبوهاشم من أصحابنا تعود وقال أبوالقاسم لاتعودوفى التتارخانية تكرر ارتداده ومات على الكفرفانه يؤخذ بعقوبة الكفر الاول والثانى وهوقول أبى الليث وقالوا ان وقفه يبطل بالردة ولوروى لغيره حديثا لايجوز للسامع منه ان يرويه بعدردته نهر ونقل شيخنا عن معين المفتى لصاحب تنوير الابصار مانصه مايكون كفرا بالاتفاق يوجب احباط العمل ويلزمه اعادة الحج ان كان قد حج ويكون وطء امرأته زنى والولد المتولد فى هذه الحالة ولدزنى ومافى التكفير به اختلاف لايؤمر بتجديد النكاح ولكن يؤمر بالاستغفار والرجوع عن ذلك انتهى واعلم انه يكفر بانكار صحبة الصديق بخلاف غيره وبانكار امامة أبى بكر على الاصح كانكاره خلافة عمر على الاصح بحر وفى البناية تقبل الشهادة على الردة من عدلين باتفاق أكثر أهل العلم وقال ابن المنذر لا أعلم أحدا خالفهم الا الحسن فاشترط أربعة قياسا على الزنى حموى ولعل ثمرة قبول الشهادة على الردة تظهر فى تجديد النكاح ونحوه والافانكار الردة رجوع الى الاسلام ثم رأيت فى التنوير وشرحه شهدوا على مسلم بالردة وهو منكر لايتعرض له لالتكذيب الشهود العدول بل لان انكاره توبة ورجوع يعنى فيمتنع القتل فقط وتثبت بقية احكام المرتد كحبط عمل وبطلان وقف وبينونة زوجة لوفيما تقبل توبته والاقتل كالردة بسبه عليه السلام الخ أويحمل مافى البناية على ما اذاشهدوا انه ارتد بسبه عليه الصلاة والسلام وحينئذ تقبل الشهادة حتى فى قتله ولايلتفت لانكاره (قوله والاقتل) لقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه درر ولافرق فى قتله بالردة بين الحر والعبدوان كان فيه ابطال حق المولى لاطلاق الدليل نهر واعلم ان كل مسلم ارتد فانه يقتل ان لم يتب الا المرأة والخنثى ومن اسلامه تبعا والصبى اذا أسلم والمكره على الاسلام ومن ثبت اسلامه بشهادة رجلين ثم رجع زادفى الاشباه ومن ثبت اسلامه بشهادة رجل وامرأتين انتهى ولوشهد نصرانيان انه أسلم وهو ينكر لم تقبل شهادتهما وقيل تقبل ولوعلى نصرانية قبلت اتفاقا وتمامه فى آخر كراهية الدرر ويلحق بالصبى من ولدته المرتدة اذابلغ مرتداوالسكران اذا أسلم وكذا اللقيط لان اسلامه حكمى

(والاقتل)

لاحقيقى

لاحقيقى وقيدفى الخانية وغيرها المكره بالحربى اما الذمى والمستأمن فلايصح اسلامه انتهى لكن حمله المصنف على جواب القياس وفى الاستحسان يصح وحينئذفالمستثنى أربعة عشر در (تتمة) مات المرتد أوقتل على ردته لم يدفن فى مقابر اهل ملة بل يلقى فى حفرة كالكلب والمرتد أقبح كفرا من الاصلى كذا فى الاشباه من كتاب السير (قوله واسلامه الخ) قيد باسلام المرتد لان الكفار أصناف خمسة من ينكر الصانع كالدهرية ومن ينكر الوحدانية كالثنوية ومن يقر بهما لكن ينكر بعثة الرسل كالفلاسفة ومن ينكر الكل كالوثنية ومن يقر بالكل لكن ينكر عموم رسالة المصطفى عليه الصلاة والسلام كالعيسوية فيكتفى فى الاولين بقول لااله الاالله وفى الثالث بقول محمد رسول الله وفى الرابع بأحدهما وفى الخامس بهما مع التبرى عن كل دين يخالف دين الاسلام درعن البدائع وفيه مخالفة لمافى النهر عن البدائع حيث نقل عن البدائع ان الكفار أصناف أربعة فليراجع واعلم ان الاسلام كما يكون بالقول يكون بالفعل ايضا كمالوصلى مكتوبة واتمها مقتديا أوأذن فى الوقت أوسجد للتلاوة أوأدى زكاة السائمة لابغير ذلك وقدنظمها صاحب النهرفى قوله

وكافرفى الوقت صلى باقتدا * متمما صلاته لامفسدا
أوأذن ايضا معلنا أوزكى * سوائما كان سجدتزكى

(قوله ان يتبرأعن الاديان) أشار الشارح بقوله ان يأتى بكلمة الشهادة ويتبرأالى ان فى كلام المصنف حذف المعطوف عليه وأداة العطف مع ان ذلك لايجوز بغيردليل يدل على الحذف ولادليل فى كلام المصنف حموى وانماكانت توبته بالتبرى عن الاديان كلهاغير دين الاسلام لانه لادين له حتى يكلف بالتبرى عنه وفيه اشعار بانه لوقال الكافر لااله الاالله محمدرسول الله يصير مسلما كمافى الروضة وغيرها ولايشترط ان يعلم معنى هذه الكلمات اذاعلم انه الاسلام على ماقال الشيخ الجليل ويشترط معرفة اسمه عليه الصلاة والسلام دون معرفة اسم أبيه وجده على ماقال عين الائمة كمافى المنية شيخنا عن القهستانى (فرع) هل يجوزان يقال لولا نبينامحمد صلى الله عليه وسلم لماخلق الله آدم قال هذا شئ ذكره الوعاظ يريدون به تعظيم النبى صلى الله عليه وسلم والاولى ان يحترزعن مثل هذا فان النبى صلى الله عليه وسلم وان كان عظيم المنزلة والمرتبة عندالله تعالى فان لكل نبى من الانبياء منزلة ومرتبة وخاصية ليست لغيره فيكون كل نبى أصلا بنفسه كذافى جواهر الفتاوى وأقول فيه نظر يعلم بمراجعة المقصد الاول من المواهب للقسطلانى حموى (قوله وكره قتله) أى يكره قتل المرتد قبل عرض الاسلام عليه لمافيه من ترك المندوب سواء قتله الامام أوغيره وان أدب لافتياته على الامام وعلى القول بوجوب العرض يكره تحريما نهر (قوله ولاتقتل المرتدة) لان المبيح للقتل كفر المحارب ولوقتلها قاتل لاشئ عليه حرة كانت أوأمة ذكره فى المبسوط وفى التتارخانية عن العتابية يضمن فى الامة لمولاها وفى الولوالجية وان قتلها قاتل لم يضمن شيئا لان قيمة الدم بالاسلام وقدزال ويؤدب على ذلك لارتكابه مالايحل بحر واقتصر فى الدرفيماسيأتى على مافى المبسوط والخنثى المشكل كالمرأة نهر وفى الاشباه فى الفن الثالث الخنثى المشكل كالانثى الافى مسائل لايلبس حريرا ولاذهبا ولافضة ولايزوج من رجل ولايقف فى صف النساء ولاحد بقذفه ولايخلو بامرأة حموى وكان الاولى اطلاق المنع بأن يحذف قوله من رجل اذلايزوج من امرأة أيضا ولامن خنثى وقدمنا عن الفتاوى الخيرية انه لوزوج خنثى من خنثى فظهر أحدهماذكرا والآخرأنثى يصح (تتمة) لاتسترق المرتدة الحرة مالم تلحق بدار الحرب وفى رواية النوادرعن الامام انها تسترق ولابأس بالافتاءبه فيمن كانت ذات زوج حسما لقصدها السئ بالردة اثبات الفرقة وينبغى ان يشتريهاالزوج من الامام أويهبهاله اذاكان مصرفا لانهاصارت بالردة فيئا للمسلمين لايختص بهاالزوج فيملكها وينفسخ النكاح بالردة وحينئذ يتولى هوحبسها وضربهاعلى الاسلام فيرتدضررقصدهاعليها وماوقع فى النهرمن قوله لاتسترق المرتدة كالحرة تحريف والصواب

(وإسلامه ان) يأتى بكلمة الشهادة و(يتبرأعن الاديان) كلها (سوى دين الاسلام) أوعما انتقل اليه (وكره قتله قبله) أى قبل عرض الاسلام (و) لكن (لا) يضمن قاتله و(لاتقتل المرتدة) مطلقا سواء كانت حرة أوامة

حذف الكاف واعلم ان وقوع الفرقة بالردة هو ظاهر الرواية كما فى الشرنبلالية قال وقد أفتى الدبوسى والصفار وبعض أهل سمرقند بعدم وقوع الفرقة بالردة ردا عليها وغيرهم مشوا على الظاهر لكن حكموا بجبرها على تجديد النكاح (قوله خلافا للشافعى) وهو قول أبى يوسف الاول حموى عن البرجندى له عموم قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه ولنا ما ورد من نهيه عليه السلام عن قتل الكافرات وهو بعمومه يصدق بالمرتدة والكفر كله ملة واحدة خلافا للشافعى فلو تنصر يهودى أو عكسه ترك على حاله تنوير وشرحه (قوله بل تحبس) شامل لما لو لحقت بدار الحرب ثم سبيت واسترقت فانها تجبر على الاسلام بالضرب والحبس ويشمل ما اذا كانت صغيرة عاقلة لما فى المحيط ما يجب جزاء على الردة يجوز ان تؤاخذ الصغيرة به والحبس جزاء الردة (قوله وطلب مولاها) الصحيح انها تدفع اليه احتاج اليها أو لم يحتج طلب أو لم يطلب لان الحبس تصرف فيها وذلك الى المولى زيلعى والمراد بالحاجة خصوص الاستخدام لا ما يعم الوطء لتصريحهم بأنه لا يطؤها صرح به فى البحر بخلاف العبد المرتد فانه لا فائدة فى دفعه اليه لانه يقتل بحر (قوله وتضرب أسواطا) تسعة وثلاثين كما فى الكافى وظاهر كلام الشارح انها تضرب فى كل يوم وهو مخالف لما فى الزيلعى فانه قال وتضرب فى كل ثلاثة أيام مبالغة فى الحمل على الاسلام انتهى حموى وأقول ذكر فى النهر ما نصه وعن الامام انها تضرب فى كل يوم قيل ثلاثة أسواط وعن الحسن تسعة وثلاثين الى ان تموت أو تسلم وهذا قتل معنى لان موالاة الضرب يفضى اليه كذا فى الفتح واختار بعضهم انها تضرب خمسة وسبعين سوطا وهذا ميل الى قول الثانى فى نهاية التعزير قال فى الحاوى القدسى وهو المأخوذ به فى كل تعزير بالضرب انتهى واعلم ان النقل عن الكافى قد اختلف فالسيد الحموى نقل عنه أولا انها تضرب تسعة وثلاثين ثم نقل عنه آخرا ان الضرب مفوض الى المولى (قوله ويزول ملك المرتد عن ماله بردته) لانه زالت عصمة دمه فكذا عصمة ماله حموى (قوله زوالا موقوفا) الى ان يتبين حاله لانه هالك حكما فصار كالهالك حقيقة فى زوال الملك حموى عن البرجندى (قوله وعندهما لا يزول ملكه) كالمحكوم عليه بالرجم والقود زيلعى (قوله فان أسلم الخ) هذه الجملة مفسرة لما قبلها حموى (قوله تفسير لقوله زوالا موقوفا) أشار به الى ان الفاء فى قوله فان أسلم الخ تفسيرية وحقيقة المراد كما فى الفتح انه بالردة يزول ملكه زوالا تاما ان استمر حتى مات حقيقة أو حكم بلحاقه استمر الزوال الثابت من وقت الردة وان عاد عاد الى ملكه وهما ربما من الحكم بالزوال فان الساقط لا يعود انتهى وعلى هذا جرى بعض الشارحين حموى وثمرة الخلاف تظهر فى تصرفاته فعندهما هى نافذة قبل الاسلام وعنده موقوفة وبعد اتفاقهما على عدم زوال ملكه اختلفا فى تبرعاته فجعلها أبو يوسف من جميع المال ومحمد من الثلث قيد بالمرتد لان المرتدة لا يزول ملكها بالاجماع وينبغى ان يلحق بها من لا يقتل اذا ارتد لشبهة فى اسلامه كما مر نهر (قوله وان مات أو قتل) أو حكم بلحاقه نهر (قوله ورث كسب اسلامه الخ) فان قيل المسلم لا يرث الكافر قلنا ان ملكه فى كسبه بعد الردة باق لما عرفت انه موقوف فينتقل كسبه فى الاسلام الى وارثه لامكان استناده لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاستناد فى كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرط الاستناد وجود الكسب قبل الردة فيكون توريث المسلم من المسلم درر ويعتبر كونه وارثا عند موته أو قتله أو الحكم بلحاقه عند محمد وهو الاصح زيلعى سواء كان موجودا عند الردة أو حدث بعده عناية وروى أبو يوسف عن الامام انه يرثه من كان وارثا وقت الردة (قوله وارثه المسلم) واطلاقه يعم الزوجة فترثه امرأته المسلمة اذا مات أو قتل أو قضى عليه باللحاق وهى فى العدة لانه بالردة كأنه مرض مرض الموت (قوله بعد قضاء دين اسلامه الخ) هذا أعنى قضاء دين اسلامه من كسب الاسلام ودين الردة من كسبها رواية زفر عن الامام وبها قال زفر والحسن أيضا وروى أبو يوسف عنه انه من كسب الردة الا ان لا يفى فيقضى الباقى من كسب الاسلام وروى الحسن عنه انه يقضى من كسب الاسلام الا ان لا يفى فيقضى الباقى من كسب الردة قال فى البدائع وفتاوى الولوالجى وهو الصحيح لان دين الميت انما يقضى من

ماله

خلافا للشافعى (بل تحبس) وتخير هى عليه (حتى تسلم) وان كانت أمة وطلب مولاها دفعت اليه ليجبرها فى منزله ويستخدمها عند الحاجة وكيفيته ان تحبس ثم تخرجها فى كل يوم ويعرض عليها الاسلام وتضرب أسواطا ثم يحبسها هكذا الى ان تتوب أو تموت (ويزول ملك المرتد عن ماله) بردته (زوالا موقوفا) عند أبى حنيفة وعندهما لا يزول ملكه (فان أسلم عاد ملكه) تفسير لقوله زوالا موقوفا (وان مات أو قتل على ردته ورث كسب اسلامه وارثه المسلم بعد قضاء دين اسلامه

ماله وهو كسب اسلامه فاما كسب الردة فلجماعة المسلمين فلا يقضى منه الدين الا ضرورة فاذا لم يف تحققت نهر وعلى هذا فما فى المتن خلاف الصحيح كذا قيل وفيه ان مشى المصنف عليه تصحيح الزاهى وعلى هذا يكون فى المسئلة اختلاف التصحيح حموى (قوله وكسب ردته فىء) الكسب بفتح الكاف وكسرها شرنبلالية قيد بالمرتد لان كسب المرتدة لورثتها اتفاقا نهر وسيأتى فى كلام الشارح ما يفيده وفى النهر عن السراج وكسب المكاتب المرتد حال الردة لمولاه وفيه عن الخانية وتصرف المكاتب فى ردته نافذ فى قولهم انتهى ومنه يعلم ان قول المصنف وكسب ردته فىء ليس على اطلاقه بل يستثنى منه المكاتب والظاهر ان المأذون كذلك (قوله وقال الشافعى كلاهما فىء) لان المسلم لا يرث الكافر لا سيما المرتد فانه لا يرث احدا فوجب ان لا يرثه أحد لان اتحاد الملة سبب الارث فاختلافها سبب الحرمان ولهذا لا يرثه موافقه فمخالفه أولى فاذا انتفت الوراثة وهو مال حربى لا أمان له يكون فيئا ولنا ان ملكه فى الكسبين بعد الردة باق لما ذكرناه فينتقل الى ورثته بموته فيستند الى ما قبيل ردته فيكون توريث المسلم من المسلم ويمكن استناد كسب الردة الى ما قبل الردة نظرا الى سبب الكسب وهو نفسه فجعل كان الكسب موجود وله ان استناد التوريث الى أول الردة فى كسب الاسلام ممكن لوجوده عندها ولا يمكن استناد التوريث فى كسب الردة لعدمه عندها فلو ثبت فيه حكم التوريث لثبت مقتصرا على الحال وهو كافر عند الاكتساب والمسلم لا يرث الكافر زيلعى (قوله وكسب المرتدة لورثتها) يعنى كسب الاسلام والردة كما تفيده الاضافة ولو قال وكسبا بالتثنية كما فى الكافى والنهاية لكان أظهر وهذا بالاتفاق بخلاف المرتد حموى (قوله ويرثها زوجها) ان ارتدت وهى مريضة وماتت فى العدة كما مر فى طلاق المريض درر أى ماتت من ذلك المرض شرنبلالية (قوله وان كانت صحيحة لا يرثها) لانها لا تقتل بخلاف ما اذا ارتد وهو صحيح فانها ترث منه لانه يقتل والحاصل انها لا تصير فارة بالردة الا اذا ارتدت وهى مريضة فلم تكن الردة فى حقها منزلة منزلة حدوث المرض لعدم قتلها بخلافه هو حيث يصير فارا بالردة وان كان صحيحا لوجوب القتل عليه فأشبه الطلاق فى مرض الموت ومن هنا تعلم ان ما فى الزواهر من انه لا يرثها اذا كانت صحيحة معللا بأنها لا تقتل لا يصادم ما قبله من قوله ويرثها زوجها المسلم لو مريضة كما توهمه فى الدر فلا معنى لقوله فتأمل بقى ان يقال ان ارثها منه بارتداده ليس على اطلاقه كما يتوهم من عبارة الشرنبلالية حيث أطلق المسئلة بل مقيد بقيام العدة كما فى الزيلعى ونصه وترثه امرأته المسلمة اذا مات أو قتل أو قضى عليه باللحاق وهى فى العدة لانه صار فارا بالردة اذ الردة بمنزلة المرض لانها سبب الموت فتعلق حقها بماله وينبغى ان ترث على رواية أبى يوسف عن أبى حنيفة ولو بعد انقضاء العدة أو ارتد قبل الدخول بها لان الشرط الاهلية للارث عند الردة فى تلك الرواية فلا معنى لاشتراط قيام العدة عند الموت انتهى وحيث كان قيام العدة عند الموت أو القتل او القضاء باللحاق شرطا بناء على ما هو الاصح من ان الشرط أهلية الارث عند الموت أو القتل أو القضاء باللحاق وهى رواية محمد عن الامام كما فى الزيلعى وغيره فغير المدخول بها لا ترث لصيرورتها بالردة أجنبية وليست الردة موتا حقيقيا بدليل ان المدخولة انما تعتد بعد موته بالحيض لا بالاشهر فلم تنتهض سببا للارث والارث وان استند الى الردة لكن يتقرر عند الموت نهر عن الفتح (قوله بلحاقه) بفتح اللام أى لحاق المرتد بدار الحرب حموى عن المفتاح (قوله به) أى بدار الحرب والصواب تأنيث الضمير حموى (قوله عتق مدبره) أى من الثلث قهستانى وكذا مدبرها اذا لحقت وتحل ديونها شرنبلالية (قوله وأم ولده) من كل ماله قهستانى (قوله وحل دينه الذى عليه) يشير به الى ان الاضافة فى دينه لادنى ملابسة اذ الدين عليه لا له ولهذا قال فى النقاية وحل دين عليه وهذا ظاهر فى ان دينه الذى له على غيره لا يحل بل يبقى على أجله ويؤدى مكاتبه الى الورثة والولاء للمرتد لانه المعتق درر عن البدائع (قوله وقال الشافعى يبقى ماله موقوفا) بناء على ان الدنيا كلها عنده دار واحدة ونحن قد بينا المعنى وهو انه باللحاق صار من أهل الحرب وهم أموات فى حق أحكام أهل الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما انقطعت عن الموتى فصار كالموت

وكسب ردته فىء بعد قضاء دين ردته هذا عند أبى حنيفة وقالا كلاهما الورثة المسلمين وقال الشافعى كلاهما فىء وكسب المرتدة لورثتها ويرثها زوجها ان ارتدت وهى مريضة وان كانت صحيحة لا يرثها (وان) لحق بدار الحرب مرتدا و(حكم) الحاكم (بلحاقه) به (عتق مدبره وأم ولده وحل دينه) الذى عليه على سبيل التأجيل ونقل ما اكتسبه فى حالة الاسلام الى ورثته المسلمين وقال الشافعى يبقى ماله موقوفا قوله وان حكم بلحاقه

الا انه لا يتقرر لحاقه الا بحكم الحاكم لاحتمال ان يعود الينا فلابد من القضاء زيلعى (قوله اشارة الى ان الحكم به شرط) أى باللحاق ظاهره ان القضاء به قصدا صحيح و ينبغى ان لا يصح الا فى ضمن دعوى حق العبد وقد قالوا ان يوم الموت لا يدخل تحت القضاء و يوم القتل يدخل واللحاق موت حكما فينبغى ان لا يدخل تحت القضاء قصدا و ينبغى انه لو حكم بعتق مدبره لثبوت لحاقه مرتدا ببينة عادلة ان يصح ولا يشترط له تقدم الحكم بلحاقه بحر ورده فى النهر بأنه ليس معنى الحكم بلحاقه سابقا على هذه الامور ان يقول ابتداء حكمت بلحاقه كما قد توهمه بل اذا ادعى مدبر مثلا على وارثه انه لحق بدار الحرب مرتدا وانه عتق بسبب لحاقه وثبت ذلك عند القاضى حكم أولا بلحاقه ثم بعتق ذلك المدبر كما يعرف ذلك من كلامهم انتهى واقول تأويل العبارة بشئ تصح به لا يمنع الاعتراض على ما يقتضيه ظاهرها ولا شك ان ظاهر العبارة يقتضى صحة القضاء به قصدا حموى بقى ان يقال مقتضى قوله فى النهر حكم أولا بلحاقه ثم بعتق ذلك المدبر ان الحكم بعتق المدبر لا يكفى عن الحكم باللحاق بل لا بد من الحكم باللحاق قبل الحكم بعتق المدبر وهو خلاف ما فى البحر (قوله وتوقف مبايعته) أراد بها كل ما كان مبادلة مال بمال فيشمل الصرف والسلم والصلح عن اقرار والاجارة وقبض الدين لانه مبادلة حكمية والرهن أيضا قيل لانه معاوضة مالية وعلى هذا فتدخل الهبة بشرط العوض نهر وعبارته فى البحر ولما كان الرهن من المعاوضات فى المال كالبيع كان داخلا فا فى النهر من التعليل يخالف ماذكره فى البحر الا ان يضبط هكذا فيقال لانه معاوضة مالية من الاول لا من المال واطلاق قوله وتوقف مبايعته يشير الى ان تصرف المرتد يتوقف فى الكسبين جميعا وهو الصحيح وسيأتى لهذا مزيد بيان (قوله وعتقه) المراد العتق وتوابعه فيشمل التدبير والكتابة حتى لو أعتقه الوارث المسلم الذى ليس له سواه لا ينفذ عتقه أيضا كما فى الخانية قال فى البحر ولم أر حكم التقاطه لقيطا أو لقطة قال فى النهر وبقى ايداعه واستيداعه وأمانه وعقله ولا شك فى عدم صحة امانه اذ امان الذمى لا يصح فهذا أولى وكذا عقله لان التناصر لا يكون بالمرتد وأما التقاطه ولقطته وايداعه واستيداعه فلا ينبغى التردد فى جوازها وقوله فى النهر الذى ليس له سواه أى ليس للمرتد سوى ذلك الوارث (قوله وهبته) وأما قبول ما وهب له فيصح كما سيأتى عن البحر وكذا تتوقف وصيته أيضا كما فى الدرر أى وصيته التى صدرت فى حال ردته أما وصيته التى فى حال اسلامه فالمذكور فى ظاهر الرواية انها تبطل مطلقا قربة او غير قربة كالوصية للنائحة والمغنية حموى عن الفتح وهذا ظاهر فى انه لا يشترط لصحة الوصية كونها بقربة اذ لو كان ذلك شرطا لوقعت فى الاصل باطلة بلا توقف على وجود مبطل (قوله هذا عند أبى حنيفة) اعلم ان تصرف المرتد يتوقف فى الكسبين جميعا وهو الصحيح وقال بعض المشايخ ان تصرفه فى كسب الردة نافذ فى ظاهر الرواية وموقوف فى رواية الحسن والاول أصح وهذا كله عند الامام وأما عندهما فتصرفاته نافذة فى الكسبين قهستانى (قوله وعندهما الخ) والخلاف بينهم فى تصرفات وقعت قبل اللحاق واما بعده قبل الحكم فهى موقوفة بالاجماع كولايته على اولاده الصغار قهستانى عن المحيط (قوله نافذ بالاتفاق) وهو ما لا يعتمد ولاية ولا حقيقة ملك نهر (قوله كالاستيلاد) بان ولدت أمته وادعى نسب الولد تصير الامة ام ولده و يثبت النسب حموى عن البرجندى (قوله والطلاق) وكذا قبول الهبة وتسليم الشفعة والحجر على عبده المأذون فالنافذ منه اتفاقا خمس بحر وزيلعى وقوله والطلاق صريح فى ان الفرقة بالردة من الفرق التى يقع بعدها الطلاق او يحتمل انهما ارتدا معا فطلق كذا ذكره شيخنا ونقل الحموى عن البرجندى ان طلاق المرتد انما يتصور اذا ارتدا معا وجان معا ذكره فى الكافى وقيل اذا ارتد ينفسخ النكاح بينهما وتكون فى العدة فيصح الطلاق كذا فى بعض الشروح انتهى والحاصل ان الطلاق يلحق المعتدة بعدة الطلاق والمعتدة بردة الزوج او بردتها ومعتدة التفريق بابائها وقد نظم ذلك العلامة المقدسى فقال

فى عدة عن الطلاق يلحق * اوردة أو بالاباء يفرق

(قوله

شارة الى ان الحكم به شرط لتحقق احكام الموت وهو ظاهر الرواية وفى بعض الروايات تثبت الاحكام بمجرد الالتحاق وقوله عتق مدبره اشارة الى ان احكام الموت تتوقف بمجرد الحكم باللحاق ولا يشترط القضاء بتلك الاحكام وبه قال الجمهور وقيل واليه اشار محمد فى اكثر المواضع وقيل يشترط القضاء بشئ من احكام الموتى ولا يكتفى بالقضاء باللحاق (وتوقف مبايعته) هذا ابتداء حكم غير معطوف على قوله وحل دينه لانه غير مقيد بقوله وان حكم بلحاقه (وعتقه وهبته ورهنه (فان آمن نفذ وان هلك) على ردته (بطل) هذا عند ابى حنيفة وعندهما تنفذ هذه التصرفات الا ان عند ابى يوسف تنفذ كما تنفذ من الصحيح حتى تعتبر تبرعاته من الكل وعند محمد تنفذ كما تنفذ من المريض حتى تعتبر تبرعاته من الثلث واعلم ان تصرفات المرتدين على اربعة اقسام قسم منها نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق وقسم منها

(قوله باطل بالاتفاق) وهو ما يعتمد الملة درر (قوله كالنكاح) ذكر فى البحر ان الذى لا يصح منه اتفاقا خمس النكاح والذبح والصيد بالكلب والبازى والرمى والارث والشهادة انتهى (قوله موقوف بالاتفاق) وهو ما يعتمد المساواة وهو المفاوضة او ولاية متعدية وهو التصرف على ولده الصغير درر (قوله كالمفاوضة) لانها تقتضى المساواة فى الدين ولا دين له لكنه يحتمل الرجوع درر ونظير المفاوضة ولايته على اولاده الصغار ومالهم زيلعى (قوله مختلف فى توقفه) وهو ما كان مبادلة بمال او عقد تبرع درر (قوله وان عاد مسلما) نقل السيد الحموى عن البرجندى عن الخانية ما نصه ارتد الموكل وانعزل الوكيل ثم عاد مسلما ذكر فى الوكالة انه لا يعود وكيلا وفى السير الكبير انه يعود وكيلا وان ارتد الوكيل وعاد مسلما قال أبو يوسف لا يعود وكيلا وقال محمد يعود وكيلا انتهى (قوله فما وجده فى يد وارثه أخذه) لان الوارث انما يخلفه لاستغنائه وان عاد مسلما احتاج اليه وفى قوله وارثه ايماء الى انه لا حق له فيما وجده من كسب ردته لان أخذه ليس بطريق الخلافة بل لانه فئ نهر وهو ظاهر فى ان ما يجده من كسب اسلامه له أخذه سواء كان فى يد وارثه أم لم يكن بان وضع فى بيت المال لعدم الوارث ومن هنا تعلم ما فى الدر من الايهام واعلم انه لو عاد بعد الموت الحقيقى بان احياه الله تعالى كان الحكم كذلك عناية (قوله بقضاء او رضا) لانه دخل فى ملكه بحكم شرعى فلا يخرج عن ملكه الا بطريقه عينى ولهذا ليس له ان يضمنه بعد ما أخرجه او أتلفه ولا سبيل له على امهات اولاده ومدبريه لان القاضى قضى بعتقهن عن ولاية شرعية ولا يمكن نقضه زيلعى (قوله جعل كانه لم يلحق) حتى لا يعتق مدبره وأم ولده درر ولم يحل ما أجل من دينه وفيه اشارة الى انه لا يسقط بالردة ما هو من حقوق العباد وكذا حقوقه تعالى التى يطالب بها الكفار كالحد ودسوى حد الشرب كما فى شرح الطحاوى وكذا ما لا يطالبون به مثل الصلاة والصوم والزكاة والنذر والكفارة فيقضى اذا أسلم على ما قاله شيخ الائمة لان تركها معصية والمعصية بالردة لا ترتفع كما فى قاضيخان وغيره وعن أبى حنيفة لو وجب عليه صوم شهرين متتابعين ثم ارتد ثم تاب سقط عنه القضاء كما فى التتمة وذكر التمرتاشى انه يسقط عند العامة ما وقع حالة الردة وقبلها من المعاصى ولا يسقط عند كثير من المحققين قهستانى (قوله نصرانية) أراد بها الكتابية من اطلاق الخاص وارادة العام مجازا حموى (قوله فادعاه) قيد به لان نسب ولد الامة لا يثبت بدون الدعوة حموى (قوله وهو ابنه حر) لان المرتد لا يسترق نهر (قوله ولكن لا يرثه) لان الام اذا كانت نصرانية يكون الولد مرتدا تبعا لابيه لانه اقرب الى الاسلام منها لكونه يجبر على الاسلام دونها والمرتد لا يرث أحدا زيلعى قلت فعلى هذا قولهم يتبع الولد خير الابوين دينا ولو حكما لان المرتد لا دين له كما تقدم حموى (قوله ولو كانت مسلمة والمسئلة بحالها) بان جاءت به لستة فاكثر ورثه الابن لانه مسلم تبعا لامه والحاصل ان الام اذا كانت مسلمة وجاءت به لستة أشهر او اكثر منذ ارتد ورث و يعلم ارثه بالاولوية فيما اذا جاءت به لاقل منها وهو المراد بقوله فى الصورتين واذا كانت نصرانية وجاءت به لاقل من ستة أشهر منذ ارتد ورث وان لستة او اكثر لا يرث كما ذكره المصنف فكانت الصور أربعة يرث فى ثلاث منها ولا يرث فى واحدة الى هذا اشار الشيخ شاهين وما ذكره الحموى اولى حيث قال فى بيان الصورتين هما ولادته لستة أشهر او اكثر انتهى لان ولادته لاقل لم يسبق لها ذكر وان علم فيها الارث بالاولى كما ذكره شيخنا (قوله او قتل) صريح فى ان المقتول لا يقال له ميت وليس كذلك حموى (قوله فالولد يرثه) لان العلوق حينئذ فى حالة الاسلام فيكون مسلما والمسلم يرث المرتد وان جاءت به لاكثر كان العلوق من ماء المرتد فيتبع المرتد لانه أقرب الى الاسلام من الام لانه يجبر عليه اذ الظاهر من حاله ان يسلم فاذا كان مرتدا لا يرث لان المرتد لا يرث المرتد درر (قوله وان لحق المرتد بدار الحرب الخ) لم يقيد بحكم القاضى باللحاق تبعا لظاهر الرواية كالجامع الصغير وما فى الدرر من التقييد مخالف لظاهر الرواية حموى (قوله أى على المال) وجعل العينى الضمير للمرتد وصنيع الشارح أولى لانه يلزم على ما ذكره العينى تفكيك الضمير حموى ووجه اللزوم ان الضمير فى فهو فئ يعود على المال لا على المرتد لما علم من

باطل بالاتفاق كالنكاح والذبح وقسم منها موقوف بالاتفاق كالمفاوضة وقسم منها مختلف فى توقفه وهو ما عدد فى المتن (وان عاد) المرتد الى دار الاسلام (مسلما بعد الحكم بلحاقه فما وجده فى يد وارثه) من ماله بعينه (أخذه) ولكن انما يعود الى ملكه بقضاء أو رضا وانما قيد بقوله بعد الحكم بلحاقه لانه لو عاد المرتد مسلما قبل القضاء به جعل كأنه لم يلحق وكأنه لم يزل مسلما فيأخذ ما يجده من ماله بغير قضاء ورضا ويضمن ما أتلفه (والا) أى وان لم يجد ماله فى يد وارثه بأن أزاله الوارث عن ملكه (لا يأخذ) (ولو ولدت أمة له نصرانية لستة أشهر) أو أكثر (منذ ارتد فادعاه فهى أم ولده وهو ابنه حر ولكن لا يرثه) (ولو كانت مسلمة والمسئلة بحالها ورثه الابن ان مات المرتد فى الصورتين أو قتل على الردة أو لحق) مرتدا (بدار الحرب) وانما قيد بقوله لستة أشهر لانها لو جاءت بولد لاقل من ستة أشهر فالولد يرث كذا فى النهاية (وان لحق المرتد) بدار الحرب (بماله) أى مع ماله (فظهر عليه) أى على المال (فهو فئ فان رجع) بعد لحاقه بدار الحرب الى دار الاسلام (وذهب بمال) وأدخله فى دار الحرب (فظهر عليه) أى على المال

انه لا يسترق ووجه كونه فيئا ان ملك ورثته فيه غير ثابت حيث ألحقه معه ابتداء فسقطت عصمته باللحاق وكذا عصمة ماله لانه تبع للنفس زيلعى (قوله فلوارثه) لانه باللحاق انتقل لوارثه فكان مالكا قديما در (قوله وبالقيمة بعد القسمة) أى قسمة القيمة ولا يأخذه لو مثليا لعدم الفائدة در ولو اشتراه تاجر نا يأخذه بالثمن الذى اشتراه به على مامر حموى عن شرح الحلبى (قوله هذا اذا رجع الخ) لو أبقى المتن على اطلاقه لكان اولى اذ لا فرق فى ظاهر الرواية بين ان يكون رجوعه بعد الحكم بلحاقه أو قبله بحر عن الفتح (قوله فكذلك فى رواية) هى ظاهر الرواية وهو الوجه لان القضاء انما احتيج اليه لترجح عدم عوده وهذا موجود بعوده وأخذه المال ولحاقه ثانيا فكان بمنزلة القضاء نهر عن الفتح (قوله وفى رواية يكون فيئا) الانسب بقوله هذا اذا رجع بعد القضاء تقديم هذه الرواية على قوله فكذلك فى رواية حموى (قوله وقضى بعبده لابنه) يعنى بعد القضاء بلحاقه على مامر نهر (قوله فكاتبه) قيد بالكتابة لانه لو دبره كان الولاء للابن كما فى التتارخانية وكان الفرق أن الكتابة تقبل الفسخ بالتعجيز فلم يكن فى معنى العتق من كل وجه بخلاف التدبير نهر (قوله أى بدل الكتابة باقية) كذا فى بعض النسخ وفى بعضها أى فالكتابة باقية وهى الصحيحة وأما الاولى فمختلفة لفظا ومعنى حموى (قوله باقية) لان الكتابة لا يمكن فسخها لصدورها عن ولاية شرعية فجعلناه نائبا عنه وحقوق العقد فيه ترجع الى الموكل والولاء لمن يقع عنه العتق نظيره المكاتب اذا كاتب عبده ثم عجز وفسخت الكتابة الاولى تبقى الكتابة الثانية على حالها ويكون بدل الكتابة وولاؤه لمولاه عينى لكن فى النهر وجزم فى الخانية بأنه اذا رجع قبل ان يؤدى جميع بدل الكتابة كان له ابطالها وهو مناف لما مر اه وقوله قبل ان يؤدى جميع بدل الكتابة صادق بما اذا لم يؤد شيئا أو ادى البعض وبه صرح البرجندى على مانقل عنه الحموى ونصه وان أدى البعض وبقى البعض فله ان يبطلها اه ولم يحك خلافا (قوله والولاء لمورثه) فان قلت هلا قال والولاء له وما الفائدة فى قوله لمورثه قلت فيه ايذان بان الابن ورث العبد بقضاء القاضى فتصح كتابته ولو قال كما قلت لاحتمل عود الضمير الى الابن حموى عن القراحصارى (قوله بعدما عتق المكاتب) أى بالتنجيز أو باداء بدل الكتابة حموى (قوله فى كسب الاسلام) لان العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فتكون فى مال المكتسب فى الاسلام لنفوذ تصرفه دون المكتسب فى الردة لتوقف تصرفه درر واعلم ان ماذكره المصنف هنا حيث أوجب الدية فى كسب الاسلام يناقض ماقدمه من ان دين كل حال يقضى من كسبها وواضح على الصحيح الذى قدمناه انهما فى كسب الاسلام الا ان لا يفى فيؤخذ الباقى من كسب الردة شرنبلالية قال فى الفتح وعلى هذا لو غصب مالا فأفسده يجب ضمانه فى مال الاسلام وعندهما فى الكل وعلى هذا لو لم يكن له كسب الاسلام واكتسب فى الردة تهدر الجناية عند أبى حنيفة خلافا لهما قال فى النهر وقوله تهدر الجناية الظاهر انه تفقه منه لا حكاية للمنقول والا فالمسطور فى كلامهم خلافه ففى التتارخانية قال محمد فى الجامع فان لم يكن له الا كسب الاسلام أو الا كسب الردة تستوفى الدية منه وان كان له كسبهما فعلى قولهما تستوفى الدية من الكسبين وعلى قوله تستوفى من كسب الاسلام أولا فان فضل شئ منها أخذ الفضل من كسب الردة وفى الخانية وان لم يكن له الا كسب الردة كان عليه الدية من ذلك المال الخ (قوله وقالا فى مال الخ) مقيد بما اذا لم يسلم قال واذا أسلم ثم مات أو لم يمت يكون فى الكسبين جميعا بالاتفاق لان الكل ماله ولهذا يجرى فيه الارث بالاتفاق انتهى (قوله يقتل الا ان يلحق) فيه نظر بل الظاهر ان يقال يقتل الا ان يسلم أو يلحق بدار الحرب وحينئذ لا يتم ماذكره من التنبيه حموى (قوله عمدا) قيد به لانه فى الخطأ على العاقلة در (قوله فيهما) أى فيما اذا قتل أو لحق حموى وصوابه ابدال القتل بالموت اذ لم يتقدم للقتل ذكر (قوله نصف الدية فى ماله) لان القطع حل محلا معصوما والسراية حلت محلا غير معصوم فاعتبر القطع لا السراية فيجب نصف الدية فى ماله لان العاقلة لا تحمل العمد كما مر ولم يجب القصاص لشبهة الارتداد در وأما الثانية وهو ما اذا لحق بدار الحرب بعد الردة وقضى القاضى بلحاقه فلانه يصير

(فلوارثه) الا انه يأخذه بغير شئ قبل القسمة وبالقيمة بعد القسمة هذا اذا رجع بعد قضاء القاضى بلحاقه أو بالمال لورثته فأما قبل القضاء فكذلك فى رواية وفى رواية يكون فيئا (فان لحق) المرتد بدار الحرب وله عبد فى دار الاسلام (وقضى بعبده لابنه فكاتبه) الابن (فجاء) المرتد حال كونه (مسلما فالمكاتبة) أى بدل الكتابة (باقية والولاء لمورثه) بخلاف ما اذا رجع بعدما عتق المكاتب فان الولاء فيه للابن كذا فى النهاية (فان قتل مرتد رجلا خطأ ولحق) بدار الحرب (أو قتل فالدية فى كسب الاسلام) خاصة عند أبى حنيفة وقالا فى مال كسبه فى الردة والاسلام وكذا اذا كان حيا فى دار الاسلام والتقييد باللحاق والقتل اتفاقى وانما قيد بهما تنبيها على ان المرتد يقتل الا ان يلحق بدار الحرب (ولو ارتد بعد القطع) أى لو ارتد مسلم بعدما قطعت يده (عمدا ومات منه أو لحق) بدار الحرب وقضى بلحاقه (فجاء مسلما فمات منه ضمن القاطع) فيهما (نصف الدية فى ماله لورثته) وانما قيد بقوله بعد القطع لانه لو قطع يد المرتد فأسلم ومات منه

ميتا تقديرا او الموت بقطع السراية واسلامه حياة حادثة تقديرا فلا يعود حكم الجناية الاولى زيلعى (قوله لا يضمن شيئا) لان ما أهدر لا يلحقه الاعتبار بخلاف المعتبر فانه قد يلحقه الاهدار بالابراء فكذا بالردة فيجب عليه ضمان ما أتلفه وهو اليد دون النفس زيلعى (قوله ضمن القاطع الدية كلها) لكونه معصوما وقت القطع ووقت السراية درر وفيما بينهما حال البقاء فلا يعتبر شيخنا (قوله وعند محمد وزفر نصف الدية) وهو القياس لان اعتراض الردة أهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام معتبرا عينى ولو قطع مسلم يد مسلم ثم ارتد القاطع وقتل على ردته ثم مات المقطوع يده من ذلك ان كان عمدا فلا شئ على أحد لفوات محل القصاص وان كان خطأ فعلى عاقلة القاطع الدية فى ثلاث سنين من يوم قضى القاضى عليهم حموى عن قاضيخان (قوله فكاتبته لمولاه) لان المكاتب انما يملك اكسابه بالكتابة والردة لا تؤثر فى الكتابة فكذا اكسابه درر (قوله ولو ارتد الزوجان ولحقا الخ) قيد بردتهما لانه لو مات مسلم عن امرأة حامل فارتدت ولحقت فولدت هناك ثم ظهر عليهم أى على أهل تلك الدار فانه لا يسترق ويرث أباه لانه مسلم ولو لم تكن ولدته حتى سبيت ثم ولدته فى دار الاسلام فهو مسلم تبعا لابيه مرقوق تبعا لامه ولا يرث أباه لرقه تنوير وشرحه عن البدائع (قوله فولدت ولدا فيها) مطلقا كما سيأتى فى كلام الشارح وتقييده فى الهداية بكون الحبل فى دار الحرب اتفاقى ليعلم حكم ما اذا حبلت به فى دار الاسلام بالاولى بحر (قوله فظهر عليهم) فى نسخة القراحصارى عليه بافراد الضمير وشرحها بقوله أى عليهم الا انه أفرد الضمير ليعود الى الزوج فتدخل الزوجة والولدان تبعا حموى (قوله فالولدان فئ) لان الولد يتبع الام فى الحرية والرق والمرتدة تسترق فكذا ولدها زيلعى وهو ظاهر فى الولد وأما ولد الولد فامه حربية ولهذا والله أعلم عدل فى النهر عنه الى قوله كاصلهما ليشمل المرتدة بالنسبة للولد والحربية بالنسبة لولد الولد اذ كل منهما يسترق (قوله ويجبر الولد على الاسلام) لانه يتبع أبويه فى الاسلام والردة فيجبر كما يجبران الا ان جبره بالضرب والحبس وجبرهما بالقتل نهر وفيه نظر وهو ان هذا صحيح بالنسبة للاب وأما بالنسبة للام فغير صحيح لان المرتدة لا تجبر بالقتل بل بالضرب والحبس كهو حموى (قوله لا ولد الولد) لانه لو أجبر اما ان يجبر تبعا لابيه ولا وجه له لان أباه كان تبعا لابويه والتبع لا يكون له تبع أو تبعا لجده ولا وجه له لان تبعية الآباء فى الدين على خلاف القياس فلا يلحق به الجد ولو الحق لكان الناس كلهم مسلمين تبعا لآدم وحواء صلوات الله عليهما وسلامه ولم يوجد فى ذريتهما كافر غير المرتد عينى فحيث انه لم يتبع الجد يسترق أو توضع عليه الجزية أو يقتل لان حكمه حينئذ حكم سائر أهل الحرب اذا أسروا وأما الجد فيقتل لا محالة بحر (قوله مطلقا سواء كانت الزوجة الخ) الاولى ان يذكر هذا الاطلاق بعد قوله فولدت لما فى تأخيره من الايهام حموى (قوله وروى الحسن عن أبى حنيفة انه يجبر الخ) أى تبعا للجد وهنا أربع مسائل على الروايتين ففى ظاهر الرواية لا يكون الولد تبعا للجد وفى رواية الحسن يكون والثانية صدقة الفطر والثالثة جر الولاء والرابعة الوصية للقرابة كذا فى الهداية وصورة الجر معتقة تزوجت بعبد وله أب عبد فولدت منه فالولد حر تبعا لامه والولاء لمولى أمه فاذا اعتق جده لا يجر ولاء حافده الى مواليه عن مولى أمه فى ظاهر الرواية وفى رواية الحسن يجر كما لو عتق أبوه نهر (قوله صحيح) حتى لا يرث من أقاربه الكفار ولا من أقاربه المسلمين ولو كانت تحته مسلمة تبين منه ولو مات لا يصلى عليه حموى ولو حذف التقييد بالاسلام لكان أولى ليعم مالو كانت كتابية (قوله كاسلامه) لانه عليه الصلاة والسلام صحح اسلام على وكان صغيرا وافتخاره بذلك معروف فقيل كان ابن خمس وقيل ابن سبع وفى البخارى كان ابن ثمان نهر وذكر الحموى ان العاقل هو الذى يعلم ان الاسلام حق والكفر باطل انتهى وفى التنوير وقيل هو الذى يعقل ان الاسلام سبب النجاة ويميز الخبيث من الطيب والحلو من المر انتهى فان قيل لو صح اسلامه لكان ذلك فرضا لاستحالة كون الايمان نفلا بخلاف سائر العبادات فانها متنوعة بين النفل والفرض فاذا صار فرضا لزم ان يكون مخاطبا ولا قائل به فاذا لم يمكن تصحيحه فرضا لم يصح بخلاف ما اذا جعل مسلما

لا يضمن شيئا (فان لم يلحق) المرتد أو لحق ولم يقض بلحاقه (وأسلم ومات ضمن) القاطع (الدية) كلها عندهما وعند محمد وزفر نصف الدية وهو القياس (ولو ارتد مكاتب ولحق) بدار الحرب واكتسب مالا (وأخذ بماله) وعرض عليه الاسلام فأبى (وقتل) على ردته (فكتابته لمولاه وما بقى) من بدل الكتابة (لورثته) أى لورثة المكاتب (ولو ارتد الزوجان ولحقا) بدار الحرب (فولدت) ولدا فيها (وولد له) أى لهذا الولد (ولد) فى دار الحرب (فظهر عليهم فالولدان فئ ويجبر الولد على الاسلام لا ولد الولد) مطلقا سواء كانت الزوجة حبلت فيها أو فى دارنا وروى الحسن عن أبى حنيفة انه يجبر عليه أيضا (وارتداد الصبى العاقل صحيح كاسلامه) عندهما وقال زفر والشافعى ارتداده ليس بصحيح كاسلامه

تبعا لان صفة الفرضية فى الاصل مغنية عن اعتباره فى التبع قلنا انما لم يكن مخاطبا لرفع الحرج عنه فاذا أداه صح كالمسافر وغيره من أصحاب الاعذار يؤدى الجمعة فانها تصح وتقع عن الفرض وان لم تكن الجمعة فرضا عليه زيلعى لكن فى النهر عن التحرير المختار عند الماتريدى انه مخاطب باداء الايمان كالبالغ حتى لو مات بعده بلا ايمان خلد فى النار (قوله وقال أبو يوسف أيضا ارتداده ليس بصحيح) لانها ضرر محض قلنا الامر دللحقيقة بعد وجودها والخلاف فى احكام الدنيا ولا خلاف انه مرتد فى احكام الآخرة لان العفو عن الكفر ودخول الجنة مع الشرك مما لم يرد به شرع ولا حكم به عقل كذا فى التلويح وعلى هذا فما فى الفتح وغيره من انه يخلد فى النار يعنى اتفاقا نهر واعلم ان ظاهر كلام الزيلعى والنهر يفيد ترجيح مذهب الامام ومحمد لكن ذكر شيخنا ان الفتوى على قول أبى يوسف (قوله لان غير العاقل لا تصح ردته) ولا اسلامه كما فى الاختيار وحينئذ فلا وجه للاقتصار والمجنون والسكران كالصبى الغير العاقل حموى عن قراحصارى (قوله ويجبر الصبى عليه) لان ردته صحيحة عندنا وحكم المرتد انه يجبر على الاسلام حموى (قوله ولكن لا يقتل ان أبى) لان القتل عقوبة ولا عقوبة على الصبى رحمة فى حقه عينى (قوله أو بالتهديد) حذف متعلق التهديد ليعم التهديد بضرب أو حبس حموى (قوله أو نحوه) ينظر ما المراد بنحو التهديد حموى (تتمة) كفر بلسانه وقلبه على الايمان يكون كافرا ولا يكون عند الله مؤمنا ولا ينفعه ما فى قلبه * نصرانى أسلم فمات أبوه فقال ليتنى لم أسلم الى هذا الوقت حتى ارث يصير مرتدا لانه تمنى الكفر حموى عن قاضيخان

(باب البغاة)

(قوله لما فرغ الخ) وأخر هذا الباب عن المرتدين لقلة وجوده عناية أو لان مجرى مباحث البغاة من مباحث المرتد مجرى المركب من المفرد لاشتراط الاجتماع فى البغى دون الارتداد نهر عن الحواشى السعدية ثم الخارجون عن طاعة الامام ثلاثة قطاع طريق وعلم حكمهم وبغاة ويجئ حكمهم وخوارج وهم قوم لهم منعة خرجوا عليه بتأويل يرون انه على باطل كفر او معصية توجب قتاله بتأويلهم يستحلون دماءنا وأموالنا ويسبون نساءنا ويكفرون اصحاب نبينا عليه السلام وحكمهم حكم البغاة باجماع الفقهاء كما حققه فى الفتح وانما لم نكفرهم لكونه عن تأويل وان كان باطلا بخلاف المستحل بلا تأويل كما مر فى باب الامامة در وعدلت عن التقسيم الذى ذكره فى النهر لانه معترض اذ لا حاجة للقسم الثانى من قطاع الطريق فان القسم الاول صادق به كما ذكره الحموى قال ويمكن ان يجاب بان الاول عام والثانى خاص والخاص غير العام الا انه يلزم عليه جعل قسم الشئ قسيما له وأيضا لا يصح الاستدراك فى قوله لكن لهم تأويل بعد قوله كذلك فتأمل انتهى والامام يصير اماما بأمرين بالمبايعة من الاشراف والاعيان وبان ينفذ حكمه فى رعيته خوفا من قهره وجبروته فان بايع الناس الامام ولم ينفذ حكمه فيهم لعجزه عن قهرهم لا يصير اماما فاذا صار اماما فجار لا ينعزل ان كان له قهر وغلبة لعوده بالقهر فلا يفيد والا ينعزل به لانه مفيد تنوير وشرحه وقدمنا عن الدر فى باب الامامة انه يكره تقليد الفاسق ويعزل به انتهى لكن عزله بطرو الفسق خلاف ما عليه الاكثر كما قدمناه عن شرح الفقه الاكبر لبهاء الدين ولهذا جزم فى الاشباه بانه لا ينعزل به ولم يحك خلافا وكذا فى العقائد النسفية وشرحها للسعد وأقول ما فى الاشباه أقره محشيها الحموى مع انه هناك ذكر ان شرط صحة الامامة الاسلام والحرية والعقل والبلوغ والعدالة الخ وكذا الكمال يقول باشتراط عدالة الامام كما فى البحر ونصه ولم يقيد المصنف الامام بالعادل وقيده بها فى الفتح (قوله فان لم يكن له تأويل الخ) أى للباغى وكان الظاهر ان يقال فان لم يكن لهم تأويل لكنه ارجع الضمير بصيغة الافراد على الجمع باعتبار واحده حموى . (قوله فحكمه حكم

وقال أبو يوسف أيضا ارتداده ليس بصحيح وانما قيد بالعاقل لان غير العاقل لا تصح ردته (ويجبر الصبى (عليه و) لكن (لا يقتل) ان أبى وفى القياس يقتل ثم الجبر اعم من ان يكون بالحبس أو بالتهديد أو نحوه

(باب البغاة)

لما فرغ من بيان الجهاد مع الكفار شرع فى بيان الجهاد مع المسلمين من البغاة وهى جمع الباغى كالغزاة جمع الغازى وهم قوم من المسلمين خرجوا عن طاعة الامام الحق ظانين انهم على الحق والامام على الباطل متمسكين فى ذلك بتأويل فاسد فان لم يكن له تأويل فحكمه حكم اللصوص

اللصوص) فيؤخذون بقتل النفس وأخذ المال زيلعى (قوله خرج قوم مسلمون) قيد بذلك لان أهل الذمة اذا غلبوا على بلدة صاروا أهل حرب كما مر ولو قاتلونا مع أهل البغى لم يكن ذلك نقضا للعهد منهم كذا فى الفتح وهذا لا يرد على المصنف لانهم اتباع للبغاة المسلمين نهر (قوله وغلبوا الخ) قال فى البحر وقيد بتغلبهم لانه لا يثبت حكم البغى ما لم يتغلبوا ويجتمعوا ويصير لهم منعة الخ والمراد بالتغلب الاستيلاء قال الجوهرى وتغلب على بلد كذا استولى عليه قهرا (قوله على بلدة) متعلق بمحذوف على انه حال أو صفة مصدر محذوف وظاهر اطلاقه يشمل ما لو كانت البلدة فى بلاد الكفرة الطائعين للامام حموى (قوله دعاهم الامام الخ) لان عليا بعث عبد الله بن عباس الى أهل حروراء فدعاهم الى التوبة وناظرهم قبل قتالهم ولانه ترجى توبتهم ولعل الشر يندفع بالتذكرة قال تعالى وذكر فان الذكرى تنفع وهو أهون فيبدأ به وهذه الدعوة ليست بواجبة لانهم علموا لماذا يقاتلون زيلعى فيجوز قتالهم قبل الدعوة وكشف الشبهة وان صار تاركا للمندوب وحروراء بالحاء المهملة ممدودا ومقصورا قرية بالكوفة كان بها اجتماع الخوارج بسبب تحكيم على أبا موسى الاشعرى بينه وبين معاوية قائلين ان القتال واجب بقوله تعالى فقاتلوا التى تبغى الآية وعلى ترك القتال بالتحكيم وهو كفر لقوله تعالى ومن لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الكافرون وذلك انه رضى الله عنه انفذ ابن عباس ليكشف شبهتهم ويدعوهم الى العود فلما ذكر واشبهتهم قال ابن عباس هذه الحادثة ليست بادنى من بيض حمام وفيه التحكيم بقوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم فكان تحكيم على رضى الله عنه موافقا للنص فالزمهم الحجة فتاب البعض واصر آخرون عناية (قوله أى الى العود الى الجماعة) اشار بالتفسير الثانى الى ان المراد بدعاء الامام لهم الى نفسه عودهم الى الجماعة حموى لكن ذكر العينى ان جعل الضمير فى قوله دعاهم اليه أى الى نفسه أى الى طاعته أحسن واصوب من جعله للعود الى الجماعة (قوله فالناس لا يعينون الامام) لئلا يصيروا اعوانا على الظلم ولا البغاة لئلا يكون ذلك خروجا على الامام الا اذا اثبتوا ما يجوز لهم القتال لجور الامام فانه يجب على المسلمين معاونتهم حتى ينصفهم بخلاف ما اذا اشتبه الحال بحر عن الفتح خلافا لما فى النهر عن السراج قال الحموى يمكن الجواب عن المخالفة بانها لاختلاف الزمان لا لاختلاف البرهان فعدم معاونتهم هو الانسب بزمانهم لعدم جور الولاة ومعاونتهم هو الانسب بزماننا لجور الولاة انتهى (قوله وعلى الناس ان يعينوه) لان طاعة الامام فيما ليس بمعصية فرض فكيف بما هو طاعة درعن البدائع والمروى عن أبى حنيفة من لزوم البيت محمول على عدم الامام أو على ان الامام لم يدعه واما اعانة الامام فمن الواجبات عند القدرة وما روى عن ابن عمر مع جماعة من الصحابة من القعود عند الفتنة محمول على انهم كانوا عاجزين زيلعى وبحر (قوله وبدأ بقتالهم) وان لم يبدؤنا لان الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع بقصد القتال وذكر القدورى انا لا نبدأهم لانهم مسلمون فلا يجوز قتل المسلم الا دفعا بخلاف الكفار فان نفس الكفر مبيح ولنا اطلاق قوله تعالى فقاتلوا التى تبغى حتى تفئ الى امر الله فصار قتالهم كقتال أهل الحرب ولو طلبوا الموادعة اجيبوا ان كان خيرا كاهل الحرب ولو أخذوا منا رهونا وأخذ منهم الامام كذلك على ان ايهما غدر يقتل الآخرون الرهن فقتلوا ما عندهم لا ينبغى لنا قتل رهونهم لانهم آمنون فى ايدينا وشرط اباحة دمهم باطل ولكن نحبسهم الى ان يهلك أهل البغى أو يتوبوا وكذلك أهل الشرك اذا فعلوا برهوننا ذلك لا نفعل برهونهم ولكن يجبرون على الاسلام أو يصيروا ذمة لنا (قوله اجهز على جريحهم) وكذا اسيرهم وان شاء حبسه وهو الاحسن لانه يؤمن شره من غير قتل كذا فى الاختيار وفى الفتح اذا أخذت المرأة من أهل البغى وكانت تقاتل حبست ولا تقتل الا فى حال مقاتلتها دفعا وانما تحبس للمعصية ولمنعها من الشر والفتنة حموى واعلم ان ما ذكره المصنف من قوله واجهز على جريحهم على رواية خواهر زاده واما على رواية القدورى فينبغى ان لا يجوز الاجهاز والاتباع أصلا حموى عن البرجندى (قوله

اذا (خرج قوم مسلمون عن طاعة الامام وغلبوا على بلدة دعاهم) الامام (اليه) أى الى نفسه أى الى العود الى الجماعة (وكشف شبهتهم) فان اجابوا تم المرام وحصل الالتئام وان قالوا فعلنا لظلمك والامام يمتنع عن الظلم ولو لم يمتنع وقاتلهم فالناس لا يعينون الامام ولا البغاة ولو قالوا فعلنا لان الحق معنا وادعوا الولاية فله ان يقاتلهم وعلى الناس ان يعينوه (وبدأ بقتالهم) أى يحل للامام ان يقاتلهم وان لم يبدؤا بقتاله اذا تعسكروا واجتمعوا وذكر القدورى فى مختصره ولا يبدأهم بقتال حتى يبدؤه فان بدؤه قاتلهم حتى يفرق جمعهم وهو قول الشافعى (ولو لهم فئة) أى ولو كان للبغاة جماعة يرجعون اليها (أجهز على جريحهم) أى أسرع قتله واتبع

واتبع موليهم) بكسر اللام وسكون الياء وهو الذى يولى ويهرب خوفا على نفسه حموى عن البناية وكل من اتبع واجهز بالبناء للمفعول (قوله والالا) لان جواز القتل كان للخوف واذ لاخوف لعدم الفئة فلاقتل لكونه مسلما درر (قوله ولكن تحبس أموالهم ولاتقسم حتى يتوبوا) لقول على يوم الجمل لايقتل اسير ولايكشف ستر ولايؤخذ مال وهو القدوة فى هذا الباب وقوله لايقتل اسير يعنى اذا لم يكن لهم فئة وان كان لهم فئة فالامام بالخياران شاء قتله لئلا ينفلت ويلتحق بهم وان شاء حبسه لان شره يندفع به وليس له ان يسترقه لانه مسلم والاسلام يمنع الاسترقاق ابتداء وهو المراد بقول على لايكشف ستر حين طلب منه الصحابة ان يقسم النساء بينهم فقال اذا قسمت فلمن تكون عائشة فابهتهم بذلك فقطع شبهتهم ولانهم مسلمون فتكون أموالهم وأنفسهم معصومين بالعصمتين الاسلام والدار لكونهم فى دار الاسلام زيلعى وقوله يوم الجمل هو اليوم الذى كان فيه وقعة عائشة مع على رضى الله عنهما لما قتل عثمان يوم الجمعة لثمان عشرة خلت من ذى الحجة سنة خمس وثلاثين من الهجرة وبويع لعلى بالمدينة بالخلافة يوم قتل عثمان وبايع طلحة والزبير كارهين فخرجا الى مكة وبها عائشة ثم خرجا من مكة ومعهما عائشة الى البصرة يطلبون بدم عثمان وبلغ ذلك عليا فخرج من المدينة الى العراق واستنفر أهل العراق بالمسير معهم فسافر بهم الى البصرة فلاقى طلحة والزبير وعائشة ومن معهم من أهل البصرة وغيرهم ووقع بينهم قتال عظيم فظفر بهم وقتل يومئذ طلحة والزبير وغيرهما وبلغت القتلى ثلاثة عشر ألف قتيل وانما سمى يوم الجمل لان عائشة كانت يومئذ على جمل يسمى عسكرا حموى عن البناية (قوله وان احتاج قاتل بسلاحهم وخيلهم) قال فى الاختيار معناه اذا كان لهم فئة شرنبلالية ولاضمان باتلافها درر وعبارة قراحصارى يعنى اذا كان لهم فئة وفى ذكر الاحتياج اشارة اليه انتهى حموى (قوله ويباع الكراع) لان ذلك انظر وايسر لان الكراع يحتاج الى نفقة وقد تأتى على قيمته فكان بيعه انفع لصاحبه شرنبلالية عن الجوهرة ويقاس العبد أيضا يعنى اذا كان يخدم مولاه اولو قاتل معه فانه يقتل نهر والكراع بالضم فى البقر والغنم بمنزلة الوظيف فى الفرس والبعير وهو مستدق الساق يذكر ويؤنث والجمع اكراع ثم اكارع وفى المثل اعطى العبد كراعا فطلب ذراعا لان الذراع فى اليد وهو أفضل من الكراع فى الرجل والكراع اسم يجمع الخيل كذا بخط شيخنا عن مختار الصحاح (قوله ويحبس ثمنه) فاذا زالت الفتنة رده عليهم (قوله لم يجب عليه شئ) أى لا القصاص ولا الدية لانقطاع ولاية الامام عنهم درر وفيه بحث لان المستأمنين فى دار الحرب اذا قتل أحدهما الآخر تجب الدية مع انقطاع ولاية الامام حموى عن الحواشى اليعقوبية والحاصل انه انما وجبت الدية بقتل أحد المستأمنين الآخر لبقاء العصمة اذ دخول المسلم دار الحرب لايوجب سقوط عصمته وكان القياس وجوب القصاص لكنه سقط لانقطاع ولاية الامام بخلاف ما اذا قتل باغ مثله حيث لايجب شئ لعدم العصمة فلو علل صاحب الدرر المسئلة كما فى الدر بقوله لكونه مباح القتل فلهذا الاثم لكان صوابا ومحصل ما يستفاد من البحث الذى ذكره يعقوب باشا ان التعليل بانقطاع ولاية الامام غير مسلم لانه يرد عليه وجوب الدية فيما اذا قتل احد المستأمنين الآخر بدار الحرب مع ان ولاية الامام منقطعة أيضا اما عدم وجوب القصاص والدية فيما اذا قتل الباغى مثله فلانزاع له فيه خلافا لمن توهم ذلك فادعى ان ماذكره المصنف هنا مخالف لما ذكره فى باب المستأمن وليس كذلك (قوله حتى أخرجهم امام أهل العدل) اذ حينئذ لم تكن ولاية الامام منقطعة عن المصر فتجرى احكامه درر (قوله اما اذا اجروا فيه احكامهم الخ) قال فى البناية وما جباه أهل البغى من البلاد التى غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الامام ثانيا وبه قال الشافعى حموى (قوله لم يجب شئ) من قصاص أودية ولكن يستحق عذاب الآخرة شرنبلالية (قوله فى الصورتين) اما الاول فلان العادل اذا اتلف نفس الباغى أوماله لايأثم به ولايضمن لان المحاربة تبطل العصمة وقد أمرنا بقتالهم لقوله تعالى فقاتلوا التى تبغى حتى تفئ الى امر الله فصار قتلهم بحق

(واتبع موليهم) وقال الشافعى لايجوز ذلك فى الحالين (والالا) أى وان لم يكن للبغاة فئة (لا) يتبع ولم يتبع ولا يقتل جريحهم (ولم يسب ذريتهم) أى ذرية البغاة (و) لكن (تحبس أموالهم) ولاتقسم (حتى يتوبوا) فان تابوا اوفاؤا أى رجعوا الى أمر الله تعالى ردت اليهم أموالهم (وان احتاج) أهل العدل الى سلاح أهل البغى وخيلهم (قاتل بسلاحهم وخيلهم) خلافا للشافعى فيهما وان لم يحتاجوا الى ذلك حبس عنهم كسائر الاموال ويباع الكراع ويحبس ثمنه (وان قتل باغ مثله) عمدا أو خطأ وكان عمدا أو خطأ على أهل البغى أهل العدل (لم يجب) عليه (شئ) أى لاالقصاص ولا الدية (فان غلبوا) أى البغاة (على مصر) من امصار أهل العدل (فقتل مصرى) عمدا (مثله) أى أهل العدل (على المصر قتل) القاتل (به) أى بسبب المقتول قصاصا هذا اذا غلبوا ولم يجروا أحكامهم حتى أخرجهم امام أهل العدل عن المصر اما اذا اجروا فيه أحكامهم لم يجب شئ (وان قتل عادل باغيا أوقتله) أى العادل (باغ) وكان القتل فيهما وارثا (وقال) الباغى (أنا على حق) أى كنت على الحق حين قتلت وأنا الآن على الحق (ورثه) أى القاتل المقتول فى الصورتين

كقتل أهل الحرب فلايوجب حرمان الارث كما لو قتل مورثه بقود له عليه فان حرمان الارث جزاء قتل محظور فلاينا ط بقتل مباح وأما الثانى فلان الباغى اذا قتل العادل يأثم ولايضمن عندنا والتأويل الفاسد بمنزلة الصحيح فى حق دفع الضمان اذا ضمت اليه المنعة كتأويل أهل الحرب واذا لم يجب به الضمان لم يجب به الحرمان والارث مستحق بالقرابة درر بيان ذلك ماذكره فى البناية ان الخوارج يستحلون دماء المسلمين بالمعصية صغيرة كانت أو كبيرة لقوله تعالى ومن يعص الله ورسوله فان له نار جهنم خالدا فيها وتأويلهم هذا وان كان فاسدا لكن اعتبر فى حق دفع الضمان وقال فى تحفة الفقهاء هذا اذا اتلفوا فى حال المنعة فاما اذا اتلفوا اموالهم ونفوسهم قبل ظهور المنعة أو بعد الانهزام فانهم يضمنون لانهم من أهل دار الاسلام انتهى (قوله وان قال أنا على باطل لا) لانه اذا اقر بالبطلان يجب الضمان فيلزم الحرمان درر (قوله وكره بيع السلاح) لانه اعانة على المعصية عينى والظاهر ان البيع ليس بقيد بل كذلك لو وهبه لهم أو أوصى لهم به أو أعارهم أو آجرهم ذلك وهذا وان لم نره منقولا فقواعد المذهب لاتاباه وتعليلهم المسئلة يرشد اليه وعلى هذا لوقال المصنف وكره تمليكه عينا أو منفعة لكان أولى حموى ثم ذكروا ان الحديد لايجوز بيعه من أهل الحرب وأجازوه من أهل البغى والذى يظهر من الفرق ان اهل البغى لايتفرغون لاستعمال الحديد سلاحا لان فسادهم على شرف الزوال بالتوبة أو بتفريق جمعهم بخلاف أهل الحرب زيلعى ثم اعلم ان المصنف سكت عن احكام منها قضاؤهم قال فى البدائع الخوارج لو ولوا قاضيا فان كان باغيا وقضى بقضايا ثم رفعت الى قاضى أهل العدل لاينفذها لانه لايعلم كونها حقا ولو كتب القاضى الباغى الى القاضى العادل كتابا فان علم انه قضى بشهادة أهل العدل نفذه والا فلا وان كان قاضيهم عادلا نفذنا قضاءه لصحة توليته ومنها ان امان الباغى لاهل الحرب صحيح وان غدرتهم البغاة فسبوا لايحل لاحد من أهل العدل ان يشترى منهم ومنها انه لايجوز الاستعانة باهل الشرك على اهل البغى بحر ولا يصلى على البغاة بل يكفنون ويدفنون وقتلانا شهداء در فيفعل بهم مايفعل بالشهداء يكفنون فى ثيابهم ولا يغسلون ويصلى عليهم حموى عن شرح الهداية وظاهر قوله فى الدر ولا يصلى على البغاة انه لافرق بين ان يكون لهم فئة أم لا وهو الصحيح كما نقله الحموى عن البناية وقوله بل يكفنون يعنى بعد الغسل كما صرح به الحموى عن شرح الهداية للعينى (تنبيه) كل من لايباح قتله من أهل الحرب لايباح قتله من أهل البغى الا اذا وجد القتال من العبيد والنسوان والشيوخ فحينئذ يقتلون فى حال القتال وبعد الانهزام لايباح حموى عن تحفة الفقهاء (تتمة) لصوص غير متأولين غلبوا على مدينة وقاتلوا وقتلوا الانفس وأخذوا أموالهم أخذوا بالجميع وكذا اذا خرج جماعة لامنعة لهم حموى عن البناية

(كتاب اللقيط)

من اللقط وهو العثور على شئ مصادفة من حد طلب حموى عن قراحصارى (قوله ان السير شرع لمعنى فى غيره الخ) تقدير ذلك ان السير عبارة عن مقاتلة الكفار وهو ليس مشروعا لذاته لانه اتلاف بل مشروعيته باعتبار مايترتب على ذلك من اخلاء العالم عن الفساد وكذلك أخذ مال الغير والصبى المنبوذ كل منهما ليس مشروعا لذاته بل باعتبار مايترتب على ذلك من احياء النفس والمال حموى (قوله وهذا مندوب فى بعض الصور) احترز بهذا عما سيأتى من انه يجب اذا خيف عليه الضياع (قوله وهو فى اللغة) أى أصل اللغة أى فى حقيقة اللغة حموى (قوله ثم غلب على الصبى الخ) أى فى اللغة على طريق المجاز حموى (قوله خوفا من العيلة) بفتح العين وسكون الياء وهى الفاقة شيخنا عن نوح افندى (قوله ووجب الخ) ليس المراد بالوجوب معناه الاصطلاحى والا يشكل بمافى التنوير

(وان قال أنا) أى كنت (على باطل لا) يرث الباغى هذا عندهما وعند أبى يوسف لايرث الباغى فى الوجهين وهو قول الشافعى (وكره بيع السلاح من أهل الفتنة) وفى عساكرهم (وان لم يدر انه) اى المشترى (منهم) أى من أهل الفتنة (لا) يكره

(كتاب اللقيط)

المناسبة بين الكتابين ان السير شرع لمعنى فى غيره وهو اخلاء العالم عن الفساد وأخذ اللقيط واللقطة شرع لاحياء النفس والمال قال الله تعالى ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا الا ان الاول فرض وهذا مندوب فى بعض الصور فأخر عن الاول وانما سمى به باعتبار ما له الا انه يلقط وهو فى اللغة مايلقط أى مايرفع من الارض فعيل بمعنى مفعول ثم غلب على الصبى المنبوذ لانه على عرض ان يلقط وفى الشرع اسم لمولود حى يطرحه أهله خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الزنى (ندب التقاطه) أى ان لم يخف ضياعه (ووجب

وشرحه من ان التقاطه فرض كفاية لمن غلب على ظنه هلاكه لو لم يرفعه ولو لم يعلم به غيره ففرض عين ومثله رؤية اعمى يقع فى بئر والا فمندوب انتهى ولهذا فسر فى النهر الوجوب باللزوم (تتمة) الصبى فى الالتقاط كالبالغ والعبد كالحر اشباه ومراده بالصبى العاقل كما هو ظاهر وفيه نظر لما سبق من ان الالتقاط اما ان يكون مندوبا او واجبا وفعل الصبى لا يتصف بذلك حموى واقول جعل الصبى كالبالغ فى الالتقاط بالنسبة لما يترتب عليه من الاحكام لا من كل وجه يشير الى ذلك قول القهستانى البالغ والصبى سواء فى الضمان بترك الاشهاد (قوله ان خيف الضياع) ليس المراد بالخوف مطلقه بل خوف ارتقى الى غلبة الظن بدليل ما سبق عن التنوير والضياع هو الهلاك نهر عن القاموس (قوله وهو حر) لانه الاصل فى بنى آدم ولان الدار دار الاسلام فمن كان فيها يكون حرا باعتبار الاصل وهو حر فى جميع احكامه حتى ان قاذفه يحد ولا يحد قاذف امه لوجود ولد منها لا يعرف له اب عينى وغيره كالدرر وتعقبه عزمى بان الكلام فى تفريع عدم الحد بقذف امه على الحرية وعلى ما ذكر تكون المسئلة متفرعة على شئ آخر وهو فوت العفة ولعل الصواب تعليله بما فى الفتح من عدم العلم بحريتها الخ وفيه نظر لانه يقتضى اقامة الحد عليه ان غلبت حريتها وليس كذلك بخلاف التعليل بفوت العفة فانه شامل لما لو علمت حريتها فما ادعاه من التصويب ساقط (تتمة) اطلق المصنف حريته فعم جميع احواله كالشهادة والنكاح والاعتاق والجراحة والحدود وها قهستانى (قوله ونفقته فى بيت المال) روى ذلك عن عمر وعلى لانه عاجز محتاج لا مال له ولا قريب ومال بيت المال معد للصرف الى مثله ولو انفق عليه الملتقط من ماله يكون متبرعا لانه ليس له ولاية الالزام الا ان يأمره القاضى بالانفاق عليه ليرجع على اللقيط بها لان للقاضى ولاية عليه فتكون دينا عليه ولو مات فى صغره رجع فى بيت المال قهستانى ثم مجرد امر القاضى بالانفاق عليه يكفى للرجوع عليه فيما ذكره الطحاوى كما اذا قضى دينا على شخص بأمره وفى الاصح لا يرجع الا اذا صرح بانه ينفق عليه ليرجع لان مطلقه قد يكون للحث والترغيب فلا يرجع عليه بالاحتمال زيلعى وفى الدر من كتاب الهبة عن الخانية مجرد الامر ببناء داره موجب للرجوع على الآمر وكذا امر الاسير بفدائه يوجب الرجوع عليه انتهى فاذا ادعى الملتقط الانفاق بقول القاضى على ان تكون دينا عليه فكذبه اللقيط لا يرجع الا ببينة بخلاف الوصى اذا انفق على الصغير حيث يصدق فى الانفاق المتعارف ولا يحتاج الى بينة درر وهذا اذا أنفق من مال الصغير اما اذا انفق الوصى عليه من مال نفسه فلا يصدق فى رجوعه الا بالاشهاد شيخ شاهين قال شيخنا وانما شرط الاشهاد لان قول الوصى فى الانفاق يقبل لا فى حق الرجوع بلا اشهاد كذا فى البزازية لكن فى القنية والخلاصة والخانية له ان يرجع وان لم يشهد بخلاف الابوين ولو دفعه الى القاضى فله ان لا يقبل لاحتمال انه ولده دفعه اليه لتكون مؤنته فى بيت المال وان أقام بينة انه لقيط أو علم القاضى فكذلك له ان لا يقبل لانه بالالتقاط التزم حفظه وتربيته ثم أراد ان يعزل نفسه فلا يسمع منه ان شاء كالوصى اذا أراد عزل نفسه بعد موت الموصى عينى ولا يشترط لاقامة الملتقط بينة على الالتقاط حضور خصم درر لانها لكشف الحال شرنبلالية (قوله كارثه) لان الغرم بالغنم درر وفى كلامه ايماء الى ان وليه فى ماله ونفسه انما هو السلطان وبه صرح فى البدائع وولاؤه لبيت المال ولو جعله القاضى للملتقط جاز كذا فى نظم ابن وهبان نعم له بعد بلوغه ان يوالى من شاء الا اذا عقل عنه بيت المال فلا يصح نهر عن الخانية (قوله وجنايته الخ) كما ان ديته لو قتل خطأ لبيت المال وفى العمد للامام القصاص والصلح على الدية وقال أبو يوسف ليس له الا الصلح قهستانى (قوله ولا يأخذه منه احد) لان يده سبقت اليه فكان احق بحفظه ولم يكن لغيره ان ينتزعه منه الا باذنه ولو دفعه هو الى غيره ليس له ان يسترده لانه رضى باسقاط حقه زيلعى واما طرحه بعد التقاطه فينبغى ان يحرم لانه وجب عليه بالتقاطه حفظه فلا يملك رده الى ما كان عليه بحر وهل للامام أخذه بالولاية العامة فى الفتح لا وأقره المصنف تبعا للبحر وحرر فى النهر

ان خيف الضياع وهو حر ونفقته
فى بيت المال كارثه) أى كما
اذا مات وترك مالا وليس له وارث
يوضع ميراثه فى بيت المال (و) كذا
(جنايته) اى عقل جنايته يؤخذ من
بيت المال (ولا يأخذه منه) أى اللقيط
من الملتقط (أحد) هذا اذا لم يدع
نسبه اما اذا ادعى مدع انه ابنه فالقول
قول المدعى ويثبت نسبه منه بدون
الحجة هذا

نعم لكن لا ينبغى أخذه الا بموجب فلو أخذه أحد وخاصمه الاول رده اليه وهذا اذا اتحد الملتقط فلو تعدد وترجح أحدهما كما لو وجده مسلم وكافر فتنازعا قضى به للمسلم لانه انفع للقيط خانية ولو استويا فالرأى للقاضى تنوير وشرحه عن البحر (قوله اذا لم يدع الملتقط الخ) يعنى مع الخارج كما فى الزيلعى وسيأتى فى كلام الشارح ما يفيده (قوله فهو أولى من الخارج) وان كان ذميا والآخر مسلما زيلعى (قوله ويثبت نسبه من واحد) بمجرد دعواه ولو غير الملتقط استحسانا لو حيا والا فبالبينة درر عن الخانية ويكون هو أحق بحفظه من الملتقط على الاصح وقوله والا فبالبينة يشير الى ما هو مصرح به من انه اذا مات عن مال فادعى نسبه لم يصدق الا ببينة ثم ظهر انه انما ترك التقييد بقوله عن مال ايماء الى ان التقييد به فى كلام غيره ليس بلازم حتى لو لم يظهر له مال وقت ان ادعى نسبه لم يصدق أيضا الا ببينة لمكان التهمة اذ يحتمل ان يظهر له مال بعد ذلك (قوله ومن اثنين) عبارة المنية ادعاه اكثر من اثنين فعن الامام انه الى خمسة ظاهرة فى عدم قبول دعوى الزائد ولا يشترط اتحاد الام نهر لكن فى الدر عن القهستانى ما يفيد ثبوته من الاكثر فليحرر انتهى قال شيخنا وتحريره بالرجوع الى ما سبق فى الاستيلاد من حكاية الخلاف فى النهر وغيره انتهى ولو ادعى انه ابنه والآخر انه ابنته فاذا هو خنثى فلو مشكلا قضى لهما والا فلمن ادعى انه ابنه در وفيه نظر لانه يشترط لثبوت نسبه من المدعى عدم ظهور كذبه كما اذا قال هو غلام فاذا هو جارية أو قال هو جارية فاذا هو غلام لا يقضى له أصلا كما فى البحر عن الظهيرية فما فى الدر يحمل على ما اذا ظهرت ذكورته وقوله ومن اثنين انظر هل يكون حكمهما فى الارث منه حكم ارثهما من ولد الامة المشتركة فيرثان منه ارث أب واحد أولا حموى (قوله ادعياه معا) مقيد بعدم المرجح حتى لو وجد مع أحدهما اقدم فيقدم الملتقط على الخارج ولو ذميا والخارج مسلم والمسلم على الذمى والحر ولو ذميا على العبد وذو البرهان على غيره وفى المنية لو ادعاه مرتد وذمى قدم المرتد نهر قلت فلو كان فى يد ذمى ومجوسى ينبغى ان يقدم الذمى حموى ومن ادعى انه من زوجته الحرة على من ادعى انه من الامة زيلعى ومن وافق سن الصبى تاريخه وان لم يوافق تاريخ واحد قضى به بينهما على الصحيح وفى التتارخانية لو شهد للمسلم ذميان وللذمى مسلمان قضى به للمسلم نهر (قوله لو سبقت دعوة أحدهما فهو ابنه) لعدم النزاع ولو ادعى الآخر بعده لا يقبل الا ببينة شرنبلالية ونقل الحموى عن البرجندى عن الذخيرة ما يفيد ان بينة ذى اليد أولى من بينة الخارج قال قلت يستثنى هذا من القاعدة وهى ان بينة الخارج مقدمة على بينة ذى اليد انتهى ولو ادعت امرأتان قضى به لهما عند أبى حنيفة وعندهما لا يقضى لواحدة منهما لان ثبوت النسب منهما متعلق بحقيقة الولادة وهى محال منهما زيلعى وكذا يقضى لهما به لو أقامتا البينة بخلاف ما لو اقامت احداهما فانها تكون اولى تنوير (قوله والقياس ان لا يقبل) اعلم ان وجه القياس والاستحسان يختلف باختلاف المدعى فان كان غير الملتقط فوجه القياس ان دعوته تتضمن ابطال حق الملتقط فى اليد ووجه الاستحسان انه اقرار بما ينفعه فيثبت نسبه ثم من ضرورة ثبوت نسبه ان يكون هو أحق بحفظ ولده من الاجنبى وكم من شئ يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا وان كان هو الملتقط فوجه القياس انه تناقض كلامه بدعواه انه ابنه بعدما أقر انه لقيط ولانه باقراره يلزم اللقيط حكم النسب والاقرار على الغير لا يصح ووجه الاستحسان انه أقر على الغير بانه تلزمه نفقته ويجب عليه ان يحفظه وقد يخفى على الانسان ولده الصغير ثم يعرفه والتناقض فيما يخفى لا يمنع القبول وقيل يقبل قوله قياسا واستحسانا لانه ليس فيه ابطال يد احد والنسب ينفعه على ما بينا بخلاف دعوة الاجنبى والاصح انه على القياس والاستحسان كدعوة الاجنبى وان اختلف وجه القياس فيهما كما بينا زيلعى ومنه يعلم ما وقع لبعضهم فى هذا المقام حيث اختصر عبارة الزيلعى على وجه لا يفى بالمرام (قوله وان وصف احدهما الخ) عطف على مضمون الكلام السابق أى يثبت نسبه من اثنين ادعياه ان لم يصف واحد منهما علامة وان وصف أحدهما الخ حموى عن البرجندى (قوله علامة به) أى بجسده كما قال القدورى

اذا لم يدع الملتقط نسبه فان ادعى نسبه
فهو أولى به من الخارج ان كان الملتقط
رجلا اما ان كانت امرأة فلا التفت اليها
(ويثبت نسبه من واحد ومن اثنين)
أى اذا ادعياه معا وانما قيدنا به لانه
لو سبقت دعوة أحدهما فهو ابنه
والقياس ان لا يقبل قوله (وان وصف
أحدهما علامة) كائنة (به) فيما اذا
ادعاه اثنان

(وهو) اى المدعى الواصف (أحق
به و) يثبت نسبه (من ذمى) اذا ادعاه
فى الاستحسان (وهو مسلم ان لم يكن
اللقيط (فى مكان أهل الذمة) وانما
قيده لانه لو وجده فى قرية من قرى
أهل الذمة أو فى كنيسة أو بيعة
كان ذميا ان كان الواجد ذميا ثم ان
كان الواجد مسلما فى هذا المكان أو ذميا
فى مكان المسلمين اختلفت الروايات
فيه ففى رواية كتاب اللقيط فى المبسوط
اعتبر المكان دون الواجد وفى كتاب
الدعوى فى المبسوط اعتبر الواجد
دون المكان وهى رواية محمد بن
سماعة عن محمد وفى بعض نسخ دعوى
المبسوط اعتبر الاسلام سواء كان
فى الواجد أو فى المكان وهو أوفق
(و) يثبت نسبه (من عبد وهو حر
ولا رق) أى لو ادعى رجل ان اللقيط
عبده لا يصدق (الا ببينة وان وجد
معه مال) مشدود عليه وكذا اذا كان
مشدودا على دابة هو عليها (فهو له
دون الواجد ثم يصرفه الواجد اليه بأمر
القاضى وقيل يصرفه بغير أمر القاضى
(ولا يصح للملتقط عليه نكاح وبيع
واجارة) أى لا يكون له عليه ولاية
التزويج وبيع ماله ولا يكون له ان
يؤاجره

وكانه يحترز بذلك عما لو وصف علامة بثوبه نهر ولهذا فسر الحموى العلامة بقوله كشامة وسلعة (تنبيه)
قال فى المستصفى العلامة لها أصل فى الشريعة كما فى قوله تعالى ان كان قميصه قد من قبل فصدقت
وهو من الكاذبين واذا اختلط اموات المسلمين باموات الكافرين يعتبر الزى والعلامة والأصل فيه قوله
تعالى تعرفهم بسيماهم حموى (قوله فهو أحق) أى صاحب العلامة الموافقة واعلم انها انما تعتبر عند عدم
مرجح اقوى منها فيقدم ذو البرهان على ذى العلامة والمسلم على الذمى ذى العلامة وظاهر ما فى الفتح تقديم
ذى اليد على الخارج ذى العلامة وينبغى تقديم الحر على العبد ذى العلامة فعلم انها اضعف المرجحات
وقيدنا بالموافقة لانه لو لم يصب فهو ابنهما وكذا لو اصاب فى البعض فلا ترجيح ويكون ابنهما وكذا لو وصفا
ولم يصب واحد منهما يكون ابنهما بحر عن الظهيرية (قوله وهو مسلم) استحسانا لان دعوته تضمنت النسب
وهو نفع للصغير وابطال الاسلام الثابت بالدار يضره فصحت فيما ينفعه دون ما يضره ولا يلزم من كونه
ابناله ان يكون كافرا كما لو اسلمت امه واذا حكمنا بانه مسلم وجب ان ينتزع من يده اذا قارب ان يعقل
الاديان الا ان يقيم بينة من المسلمين لا من أهل الذمة انه ابنه فيكون كافرا نهر (قوله اعتبر المكان) لسبقه
ولان المسلم لا يضع ولده فى البيعة ولا الكافر فى المساجد زيلعى (قوله اعتبر الواجد) لقوة اليد الا ترى ان
تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبى الصبى مع احد أبويه يعتبر كافرا وفى رواية يحكم زيه فان كان فيه
زى المسلمين فهو مسلم وان كان عليه زى الكفرة نحو الصليب والزنانير فهو كافر زيلعى (قوله وهو أوفق)
لانه انفع له ولان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه زيلعى (قوله وهو حر) واطلاقه يعم ما لو ادعى انه ابنه من زوجته
لامة وهذا قول محمد وقال أبو يوسف يكون عبدا لانه يستحيل ان يكون الولد حرا بين رقيقين قلنا
الا يستحيل لانه يجوز عتقه قبل الانفصال وبعده فلا تبطل الحرية بالشك زيلعى وهو ظاهر فى اختيار قول
محمد على أنه يتصور ان يكون الولد حرا بين رقيقين بلا تحرير ولا وصية بان يكون للحر ولد وهو قن لاجنبى
زوجه ابوه امة له برضا مولاه كان ولدها حرا لانه ولد ولد المولى نهر عن الفصول وقوله وقال أبو يوسف يكون
عبدا أى لمولى الامة حموى عن البرجندى عن قاضيخان (قوله ولا برق الا ببينة) أقيمت على الملتقط اذا
كان اللقيط صغيرا أو على اللقيط أو تصديقه اذا كان كبيرا قهستانى لانه حكم بحريته بالدار فلا يتغير ذلك
الا بالحجة ويشترط ان يكون الشهود مسلمين لانه مسلم بالدار وباليد فلا يحكم عليه بشهادة الكافر الا اذا
اعتبر كافرا بوجوده فى موضع أهل الذمة والخصم فيه هو الملتقط باعتبار يده عينى قال الحموى لو أبدل
المصنف قوله الا ببينة بقوله الا بحجة كما فى النقاية لكان أولى ليشمل ما اذا أقر بعد البلوغ بالرق لغيره
وصدقه ذلك الغير وهذا اذا لم تتأكد حريته بقضاء القاضى بما لا يقضى به الا على الاحرار كالحد الكامل أما
اذا تأكدت فلا يقبل اقراره بالرق كذا فى الخزانة اه (قوله مشدود عليه) التقييد بالشد كانه جرى على
الغالب والا فلو كان فوقه أو تحته ينبغى ان يكون له لانه معه نعم لو كان بقربه لا يكون له كما فى الجوهرة
وبه عرف ان الدار التى هو فيها وكذا البستان لا يكون له بالاولى نهر (قوله على دابة هو عليها) يعنى
والدابة له نهر عن الخانية (قوله فهو له) اعتبارا للظاهر در روفيه ان الظاهر يكفى للدفع لا للاستحقاق
فلو ثبت الملك له بهذا الظاهر كان الظاهر حجة مثبتة وليس كذلك وانى أفندى (قوله ولا يصح للملتقط عليه
نكاح) لانه يعتمد الولاية من القرابة والملك والسلطنة ولا وجود لواحد منها نهر فينكحه السلطان ومهره
فى بيت المال قهستانى (قوله وبيع) أى بيع ماله لان التصرف فى المال لا يجوز الا بكمال الرأى
ووفور الشفقة وذلك يوجد فى الاب والجد لا غير ولهذا لا تملكه الام مع انها تملك الانكاح فهذا أولى عينى
وهذا صريح فى ان الملتقط لا يملك بيع عرض اللقيط بنفسه وان احتاجه للنفقة بل بأمر القاضى وقد توقف
فيه السيد الحموى فقال ينظر حكم ما لو كان مع اللقيط عرض واحتاج الملتقط الى بيعه للانفاق عليه هل
له ذلك انتهى (قوله ولا يكون له ان يؤاجره) وهو الصحيح أى ليأخذ الاجرة لنفسه قهستانى لانه لا يملك
اتلاف منافعه فاشبه العم بخلاف الام فانها تملك اتلاف منافعه بالاستخدام والاعارة بلا عوض فتملك

الاجارة

وفى مختصر القدورى له ان يؤاجره
(و) يسلمه فى حرفة) وصناعة
(ويقبض هبته) أى ان وهبه أحد
وهو يقبض ما وهب له
(كتاب اللقطة)
هى مال يوجد فى الطريق ولا يعرف
له مالك بعينه سميت بها لانها تلتقط
غالبا

الاجارة بالاولى واذا عرف هذا فولاية التصرف عليه فى نفسه وماله انما هى للسلطان نهر (تنبيه) استخدام
اليتيم بلا أجر حرام ولو لاخيه ومعلمه الا لامه وفيما اذا أرسله المعلم لاحضار شريكه شيخنا عن الاشباه من
كتاب الحظر (قوله وفى مختصر القدورى له ان يؤاجره) والاول أصح زيلعى وأقول الذى يظهر حمل
المنع من اجارته على ما اذا آجره الملتقط لتكون الاجرة لنفسه فلا ينافى ما ذكره القدورى لحمله على ما اذا كانت
الاجرة للقيط وما سبق عن القهستانى يشير الى ذلك وكذا تعليلهم المنع باتلاف المنافع يشير اليه أيضا فلا
خلاف فى الحقيقة (تتمة) بقى من أحكامه ختانه قال فى الخانية ليس للملتقط ذلك فان فعل وهلك
ضمن ولو أمر الختان فهلك ضمن أيضا دون الختان هذا اذا لم يعلم بكونه ملتقطا فان علم ضمن كذا فى الذخيرة
وفى الفتح لو بلغ فاستدان أو بايع انسانا أو كفل كفالة أو وهب أو تصدق وسلم أو دبر أو كاتب أو اعتق
ثم اقر انه عبد لزيد لا يصدق فى ابطال شئ من ذلك لانه متهم تنوير وقوله لا يصدق فى ابطال شئ من ذلك
الخ ظاهر فى ان عدم تصديقه بالنسبة للاستدانة ونحوها من الاشياء التى ذكرت فلا ينافى انه مصدق
بالنسبة لاقراره بانه عبد لزيد اذا صدقه زيد حيث كان ذلك قبل ان تتأكد حريته بقضاء القاضى بما
لا يقضى به لا على الاحرار كالحد الكامل كما قدمناه عن النقاية وعلى هذا ما لزمه بالاستدانة أو المبايعة
يؤخذ به فى الحال ولا يتأخر الى ما بعد العتق كالعبد المأذون (قوله ويسلمه فى حرفة) لانه من باب تثقيفه
أى تقويمه وكان ينبغى ان يقال ما قيل فى وصى اليتيم ان يعلمه العلم أولا فان لم يجد فيه قابلية سلمه لحرفة نهر
(قوله وصناعة) عطف تفسير فى البحر والحرفة الصنعة والتثقيف تقويم المعوج ويستعار للتأديب
والتهذيب كذا فى النهاية (قوله ويقبض هبته) لانه نفع محض ولذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان مميزا
عينى (قوله أى ان وهبه أحد) صوابه واحد لان أحدا لا يستعمل فى الايجاب بخلاف لفظ واحد حموى
(تتمة) يستعمل أحد بمعنى الواحد كما فى قوله تعالى قل هو الله أحد وبمعنى انسان نحو وان أحد من
المشركين استجارك وبمعنى أول نحو أحد عشر الرابع ان يكون اسما عاما فى جميع من يعقل نحو فما منكم من
أحد وهذا هو اللازم للتنكير والنفى (قوله وهو يقبض) الاولى ان يقال يقبض هو حموى

(كتاب اللقطة)

هى مثل اللقيط فى الاشتقاق والمعنى اللغوى فان كلا منهما مشتق من الالتقاط وهو الرفع وهى اسم موضوع
للمال الملتقط سواء كان بفتح القاف أو سكونها عينى خلافا للزيلعى وشرعا ما ذكره الشارح (قوله هى مال
يوجد فى الطريق) يحتمل ان يكون التقييد بالطريق للاحتراز عن الدار ويحتمل ان يكون اتفاقيا بيان
ذلك فيما نقله السيد الحموى عن قاضيخان حيث قال رجل اشترى دارا فوجد فى جذعها دراهم قال
بعضهم هى بمنزلة اللقطة وقال بعضهم يردها على البائع فان لم يقبل البائع يتصدق بها وهذا أصوب انتهى
(قوله ولا يعرف له مالك) وليس بمباح كذا فى المضمرات فخرج ما عرف مالكه فانه ليس لقطة بل أمانة
بدليل انه لا يعرف بل يرد اليه وبالاخير مال الحربى لكن يرد ما كان محرزا بمكان أو حافظ فانه داخل
فى التعريف فالاولى ان يقال هى مال معصوم معرض للضياع بحر وما ذكره فى النهر رده الحموى وسكت
عن صفة رفعها وفى الذخيرة ان خاف الضياع كان فرضا والا كان مباحا واجمع العلماء ان الرفع أفضل وهو
مقيد بان يامن على نفسه ردها نهر وأقول ينبغى ان يقال على قياس ما قيل فى اللقيط ان خاف على اللقطة
الضياع ولم يعلم بها أحد غيره يكون الالتقاط فرض عين والا ففرض كفاية حموى ومقتضى القول
بافتراض رفعها الضمان لو لم يرفع وضاعت قال فى الدر وظاهر كلام المصنف نعم لما فى الصيرفية رأى حمارا
يأكل حنطة انسان فلم يمنعه حتى أكل قال فى البدائع الصحيح انه يضمن انتهى وظاهر كلام النهر
عدمه وما فى جامع الفصولين يدل على عدم الافتراض الا ان يقال ان فائدة الافتراض الاثم بالترك

لا الضمان بحر ثم قال وما فى المجتبى التعريف الى ولى الصبى يدل على صحة التقاطه قال السيد الحموى أقول
هذا ظاهر فى صحة التقاطه اللقطة وأما صحة التقاطه لقيطا فلا يظهر اذ لا ضمان فى اللقيط ولا تعريف
اللهم الا ان يقال فائدة صحة التقاط اللقيط تظهر فى عدم الاخذ من يده لسبقه بها انتهى وفى البزازية ليس
للولى ان يأخذ وديعة عبده مأذونا أم لا مالم يحضر ويظهر انه من كسبه لاحتمال ان يكون وديعة الغير فى يد
العبد فان برهن انه للعبد يدفع اليه فقوله لاحتمال ان يكون وديعة الغير تصريح بأنه أهل للايداع فكذا
الالتقاط بجامع الامانة فيهما نهر قال الحموى ولا حاجة الى هذا فقد قال فى البناية ولو التقط العبد شيئا بغير
اذن مولاه يجوز عندنا وعند مالك وأحمد والشافعى فى قول انتهى وينبغى ان يكون التعريف الى مولاه
كالصبى بجامع الحجر فيهما وأما المأذون والمكاتب فالتعريف اليهما واعلم انه ينبغى ان لا يتردد فى
اشتراط كونه عاقلا صاحيا فلا يصح التقاط المجنون والمدهوش والمعتوه والسكران لعدم الحفظ منهم
نهر (قوله لقطة الحل والحرم الخ) فيه ايماء الى ما ذكر فى التجنيس مسلم دخل دار الحرب بأمان فوجد لقطة
ينبغى ان يعرفها كما يعرفها فى دار الاسلام لانها لقطة وبعقد الامان التزم ان لا يخون فاذا عرف أحب الى
ان يتصدق بها على الفقراء الذين هم فى دار الاسلام فان لم يجد فعلى فقراء أهل الحرب انتهى وهو مشكل
لانهم قالوا فى اللقطة اذا كانت لذمى لا يتصدق بها بل توضع فى بيت المال للنوائب لانه ليس من أهل
التصدق ويعرف كونها للذمى بأن كانت اللقطة زنارا أو صليبا حموى وعلى هذا فقولهم فى اللقطة هى التى
لا يعرف لها مالك أى على الخصوص واذا عرف وجوب التعريف على الداخل دارهم بأمان اذا وجد شيئا
من أموالهم فكذا اذا وجد شيئا من أموالهم ساقطا بدارنا وعلم انه لحربى دخل دارنا بأمان أى ولم يعرف
عينه بأن دخل دارنا جماعة منهم بأمان فسقط من أحدهم شئ ولا ينافى هذا ما سبق فى التعريف من
زيادة قيد وليس بمباح للاحتراز عن مال الحربى لحمله على ما اذا كان الواجد متلصصا بأن دخل دارهم بغير
أمان بقى ان يقال ما سبق من انه يتصدق بها بعد ان عرفها على الفقراء الذين هم فى دار الاسلام صريح فى
نقلها من دار الحرب الى دار الاسلام وظاهر قوله فان لم يجد الخ أى وان لم يجد فى دار الحرب أحدا من فقراء
المسلمين فليحرر بمراجعة التجنيس (قوله أمانة) فلا يضمنها الا بالتعدى أو بالمنع بعد الطلب قهستانى
لا يقال ينافيه ما سيأتى من قول المصنف فان بين علامتها حل الدفع لانه يفيد انه بالمنع لا يضمن لانا
نقول مراده بالطلب بعد ان أثبتها بالبينة (قوله وأشهد) يكفيه فى الاشهاد ان يقول من رأيتموه
ينشد الضالة فدلوه على سواء كانت اللقطة واحدة أو أكثر لقوله عليه السلام من وجد لقطة فليشهد ذوى
عدل وليحفظ عفاصها ووكاءها فان جاء صاحبها فلا يكتم فهو أحق بها وان لم يجئ صاحبها فهو مال الله
يؤتيه من يشاء والاشهاد لنفى التجاحد حتى لو صدقه صاحبها انه أخذها ليردها على صاحبها لا يضمن
وان لم يشهد ولو أقر انه أخذها لنفسه ضمن وان لم يشهد عند الالتقاط وادعى انه أخذها للرد وادعى
صاحبها انه أخذها لنفسه فالقول لصاحبها ويضمن الملتقط قيمتها عندهما زيلعى والعفاص ككتاب الوعاء
فيه النفقة قاموس ونشد الضالة بالفتح ينشدها بالضم نشدة ونشدانا بكسر النون وسكون الشين فيهما
أى طلبها وأنشدها عرفها ونشده من باب نصر قال له نشدتك الله أى سألتك به مختار الصحاح (قوله
وعند أبى يوسف لا يشترط الاشهاد) لان أخذها لصاحبها حسبة ولنفسه معصية فكان حمل فعله على
الصلاح أولى من حمله على الفساد ولان الملتقط منكر والمالك يدعى الضمان فالقول قول المنكر ولهما
ان أخذ مال الغير سبب الضمان فيضمن لان الاذن مقيد بالاشهاد ولم يوجد وما ذكره من الظاهر يعارضه
مثله وهو ان الظاهر ان يكون المتصرف عاملا لنفسه فصار نظير ما لو أخذ مال الغير وادعى انه وديعة زيلعى
وهو ظاهر فى ترجيح مذهب الامام ومحمد لكن فى النهر قال الطحاوى وبقول أبى يوسف نأخذ وفى
الينابيع الاصح ان محمدا مع أبى يوسف والخلاف مقيد بما اذا اتفقا على اللقطة أما لو ادعى المالك انه
غصبها وقال انما لتقطتها ضمن اتفاقا وبما اذا أمكنه الاشهاد فان لم يمكنه بأن لم يجد من يشهده فتركه

لا يضمن

(لقطة الحل والحرم أمانة ان
أخذها ليردها على ربها وأشهد) على
ذلك شاهدين حتى لو هلكت
لا يضمن وعند أبى يوسف لا يشترط
الاشهاد وان لم يقدر على الاشهاد

لا يضمن اجماعا والقول قوله مع يمينه ان المانع كذا كما فى الفتح وظاهر ما فى النهر يوهم انه اذا لم يجد من
يشهده عند الرفع بأن وجدها فى مفازة فتركه لا ضمان عليه مطلقا وان أمكنه الاشهاد فيما بعد وليس
كذلك بل يلزمه الاشهاد اذا ظفر كما سيأتى فى كلام الشارح (قوله أو أشهد ولم يقدر على اقامته) كذا
فى النسخ التى وقفت عليها والمراد انه أشهد حين الرفع ثم ضاعت منه وظهر صاحبها فعجز الملتقط عن
اقامة البينة الآن انه أشهد وقت رفعها الغيبة الذين أشهدهم أو لموتهم فيصدق انه أشهد بيمينه شيخنا
(قوله حتى لو هلك بعد ذلك لا يضمن) أى بعد ما شهد عند الظفر به ومفهومه انه لو تركه بعد ما ظفر به
يضمن وهو كذلك ولا ينافيه ما سبق من قوله قبله فترك الاشهاد لا يضمن كما توهمه السيد الحموى لانه
مفروض فيما اذا ترك الاشهاد لعدم من يشهدهم أو للخوف عليها من ظالم يعنى واستمر العذر فلا منافاة
وكذا لا يضمن لو أخذها ليعرفها ثم أعادها الى مكانها سواء كان بعد ما تحول من مكانها أو قبله وقيده
الحاكم بما قبل التحول واليه مال الفقيه أبو جعفر حموى عن شرح الشلبى والصحيح عدم الضمان بردها الى
مكانها مطلقا بحر وهذا اذا أخذها ليردها فان أخذها ليأكلها ثم أعادها لا يبرأ عن الضمان ما لم يردها الى
صاحبها شلبى عن قاضيخان (قوله وعرف) بالتشديد (قوله واعلم ان الواو فيه ابتدائية) كذا فى شرح
القراحصارى ونصه على ما نقل عنه الحموى وعرف ابتداء كلام (قوله لا عاطفة على أخذ وأشهد)
يعنى لا عاطفة على أخذ على قول ولا على أشهد على قول لكن يبقى الكلام فى المانع من صحة العطف
ولم ينبه عليه مع ان الاصل العطف وغاية ما يلزم على العطف ان يكون التعريف شرطا فى كون اللقطة
أمانة وقد صرح فى المحيط بانه شرط حموى وعبارة الدرر صريحة فى ان التعريف شرط لصيرورتها
أمانة ونصه فان أشهد عليه وعرف الى ان علم ان صاحبها لا يطلبها أو انها تفسد كانت أمانة انتهى اذا علم
هذا ظهر ان ما ذكره عزمى زاده لا يذهب عليك ان التعريف لا مدخل له فى كون اللقطة أمانة وكان
الواجب اسقاطه غير مسلم واعلم ان الاشهاد عند أخذها يغنيه عن التعريف قال فى النهر وعبارة الزيلعى
صريحة فى ذلك حيث قال وعن الحلوانى انه يكفيه الاشهاد انه يأخذها ليردها على صاحبها ويكون ذلك
تعريفا وهو المذكور فى السير الكبير قال فى الخلاصة ويعرفها جهرا لا سرا حيث وجدها الخ وأقول اذا
كان الاشهاد يغنى عن التعريف فما ذكره عزمى مسلم ويؤيده ما ذكره الشارح وغيره كالقراحصارى
حيث جعل قوله وعرف ابتدائيا لا معطوفا على ما قبله ووجهه شيخنا بأن كونها أمانة لا يتوقف على
التعريف واعلم ان الحموى أشار بقوله يعنى لا عاطفة على أخذ على قول الى قول من يقول ان المعاطيف
اذا تعددت يعطف كل منها على الاول وهو الراجح وبقوله ولا على أشهد على قول الى قول من يقول بعطف
كل على ما يليه وهذا اذا وقع العطف بحرف غير مرتب كالواو فلو بحرف مرتب كالفاء وثم كان كل معطوفا
على ما يليه بالاتفاق (قوله الى ان علم) أى غلب على ظنه ان ربها لا يطلبها هذا هو الصحيح كما فى المجمع
وفى المضمرات وعليه الفتوى نهر وصورة التعريف ان يقول انى وجدت لقطة لا أدرى مالكها فليأت
مالكها وليصفها لاردها عليه حموى قال السرخسى حكى ان بعض العلماء ببلخ وجد لقطة وكان محتاجا
اليها وقد قال فى نفسه لا بد من تعريفها ولو عرفتها فى المصر ربما يظهر صاحبها فخرج عن المصر حتى انتهى
الى رأس بئر فدلى رأسه فى البئر وجعل يقول وجدت كذا فمن سمعتموه ينشد ذلك فدلوه على فاذا
بصاحبها تحت البئر فتعلق به حتى أخذها قال عليه السلام لا يكثر همك ما ترزق يأتيك بحر (قوله
كالنوى وقشور الرمان الخ) يعنى المنبوذ لا المجموع شرنبلالية (قوله ونحوهما) كحطب يوجد فى الماء
ولا قيمة له درر وفى الشرنبلالية ويحل أخذ التفاح والكمثرى من الانهار وكذا ما يبقى من الثمار الواقعة
تحت الاشجار فى غير الامصار على المختار (فرع مهم) أخذ مكعبه ووجد غيره فى مكانه لا يملكه ويصير
كاللقطة فى الحكم انتهى (قوله فان وجده صاحبه فى يده بعد ما جمعها فهو أحق بها) وكذا اذا جز صوف
شاة ميتة ملقاة كان له ان ينتفع به ولو وجده صاحب الشاة فى يده كان له ان يأخذه منه وكذا اذا دبغ

أو أشهد ولم يقدر على اقامته أو خاف
انه لو أشهد عليه أخذه ظالم منه فترك
الاشهاد لا يضمن ثم يشهد اذا ظفر
بمن يشهده حتى لو هلك بعد ذلك
لا يضمن (وعرف) فى موضع أصابها
وفى مجامع الناس وأبواب المساجد
وفى الاسواق والشوارع واعلم ان
الواو فيه ابتدائية لا عاطفة على أخذ
وأشهد (الى ان علم ان ربها لا يطلبها) فاما
بعد ذلك ان كانت شيئا يبقى أو الى يوم
ان كانت شيئا لا يبقى الى ان يخاف ان
تفسد ثم تصدق بها ان كان غنيا
أو بيومان عرفها الى ان كان فقيرا وقدره محمد
أو بها كلها ان كان فقيرا وقدره محمد
فى الاصل بالحول من غير تفصيل
بين القليل والكثير وهو قول مالك
والشافعى وما روى محمد عن أبى
حنيفة انها اذا كانت عشرة دراهم
فما عداء عرفها حولا وان كانت أقل
من عشرة دراهم عرفها بحسب
ما يرى فليس بتقدير لازم ثم ما يعلم
الانسان فهو نوعان نوع منهما يعلم
ان صاحبه لا يطلبه كالنوى وقشور
الرمان ونحوهما والحكم فيه ان له ان
يأخذه وينتفع به فان وجده صاحبه
فى يده بعد ما جمعها فهو أحق بها ونوع
منهما يعلم ان صاحبه يطلبه فعليه
ان يحفظه ويعرفه ويوصله الى
صاحبه على ما ذكر فى الكتاب فقوله
اللقطة أمانة

جلدها ولكن يعطيه مازاد الدباغ لان ملكه لا يزول بالالقاء حموى عن البناية ونقل عن البرجندى مانصه وذكر شيخ الاسلام انه ليس للمالك أخذما جمعه من قشور الرمان ونحوه كالنوى ويصير ملكا للآخذ وكذا الجواب فى التقاط السنابل وبه كان يفتى الصدر الشهيد ذكره فى الذخيرة وان وجد جوزة بعد جوزة حتى بلغت عشرا وصار لها قيمة فان وجدها فى موضع واحد وجب ان يعرفها وكذا لو فى مواضع متفرقة على المختار انتهى (قوله يريد به النوع الثانى) واما النوع الاول فيجوز له ان ينتفع به بلا تعريف فلو عرفه كان ورعا باردا يستحق بفعله التعزير حموى (قوله ثم تصدق) باللقطة اذا لم يجئ صاحبها بعد التعريف لان الواجب عليه حفظها واداؤها الى أهلها قال تعالى ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها وذلك بالتسليم اليه عند القدرة وبالتصدق عند عدمها اذا يصال عوضها وهو الثواب كايصال عينها وان شاء أمسكها رجاء الظفر بصاحبها روى عن ابن مسعود انه اشترى جارية فذهب البائع فتصدق عنه بثمنها زيلعى (قوله نفذ) ولو بعد هلاك العين لان الملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلم يتوقف على قيام المحل والظاهر انها لو كانت لصبى فليس للاب والوصى تنفيذ الصدقة نهر وكذا لو كانت لوقف لم يكن للناظر التنفيذ حموى وفى الوهبانية الصبى كالبالغ ويضمن ان لم يشهد ثم لابيه أو وصيه التصدق وضمانها فى مالهما لا مال الصغير در وقوله وضمانها فى مالهما يعنى اذا ظهر المالك بعد التصدق (قوله أو ضمن الملتقط) لانه تصرف فى ماله بغير اذنه واباحة تصرفه من جهة الشرع لا ينافى الضمان حقا للعبيد كتناوله مال الغير حالة المخمصة وأطلقه فشمل القاضى أيضا ومن ثم كان الاصح انه لا فرق فى تضمينه بين ان يكون بأمر القاضى أولا لان أمره لا يزيد على تصدقه بنفسه نهر لا يقال هذا يرد نقضا على عموم قولهم ان القضاة لا يلحقهم عهدة الضمان لانا نقول ذلك بالنسبة لما يكون القاضى فيه ملزما بفتح الزاى اذ لا يسعه تأخير الحكم بعد استيفاء شرائطه حتى قالوا انه يأثم ويفسق ويستحق العزل فاذا تبين خطاه لم يضمن بخلاف ماهنا فانه غير ملزم (قوله أو المسكين) لانه أخذ ماله بغير اذنه ولا يرجع المسكين على الملتقط بما لحقه من الضمان لانه عامل لنفسه ولا الملتقط يرجع على الفقير لانه ملكه بالضمان فظهر انه تصدق بملك نفسه نوح أفندى (قوله فالترك أفضل) لقوله عليه الصلاة والسلام لما سئل عن ضالة الابل مالك ولها دعها فان معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها ولنا انه مال يتوهم ضياعه فيستحب اخذه ليرده على صاحبه والحديث محمول على انه كان فى ديارهم اذ كان لا يخاف عليها من شئ ونحن نقول فى مثله يتركها اذ لا فائدة فى التقاطها فى مثل هذه الحالة عينى قال الازهرى الضالة لا تقع الا على الحيوان يقال ضل البعير والانسان وغيرهما من الحيوان وهو الصواب واما الامتعة فتسمى لقطة لا ضالة (تتمة) الحذاء النعل والسقاء القربة والمراد بها مشافرها وبالاول قوائمها بحر فتحصل من قول المصنف وصح التقاط البهيمة وكلام الازهرى وقوع كل من اللقطة والضالة على الحيوان فعلى هذا تكون اللقطة أعم من الضالة لاطلاق اللقطة على غير الحيوان بخلاف الضالة حيث لا تطلق الا على الحيوان فقط (قوله وهو متبرع فى الانفاق الخ) لانه لا ولاية له فى الايجاب على ذمتهما فصار كما اذا قضى دين غيره بغير أمر المدين عينى وقوله متبرع أى محسن يقال برع الرجل بالضم اذا فضل على أقرانه ومنه قيل للمتفضل متبرع حموى (قوله اذا كبر) من باب تعب اعلم ان اللقيط بعد البلوغ اذا صدق الملتقط انه أنفق بأمر القاضى ليرجع رجع وان كذبه فالقول قول اللقيط وعلى الملتقط البينة لا ما ادعاه ابن الملك من انه اذا لم يأمره بالانفاق فادعاه بعد بلوغه وصدقه اللقيط نهر والحاصل انه لا يرجع وان صدقه الا اذا كان فى نفس الامر قد انفق بأمر القاضى ليرجع خلافا لابن الملك (قوله ولو أنفق عليها) صوابه عليهما حموى (قوله باذن القاضى) ولا يأمره بالانفاق حتى يقيم البينة انها لقطة فى الصحيح لانه يحتمل ان يكون غصبا فى يده فيحتال لايجاب النفقة على صاحبها وهذه البينة ليست للقضاء بل لينكشف الحال فتقبل مع غيبة صاحبها وان عجز عن اقامة البينة يأمره بالانفاق عليها

يريد به النوع الثانى (ثم تصدق فان جاء ربها) بعدما تصدق بها فهو على الخيار ان شاء (نفذ أو ضمن الملتقط) أو المسكين ان كانت هالكة وان كانت قائمة أخذها (وصح التقاط البهيمة) مطلقا سواء كانت بعيرا أو بقرا أو فرسا أو شاة وقال مالك والشافعى اذا وجد البعير والبقر والفرس فى الصحراء فالترك أفضل وان وجد فيها الشاة التقطها (وهو) أى الملتقط (متبرع فى الانفاق على اللقيط واللقطة) بغير اذن الحاكم فلا يرجع به على اللقيط اذا كبر ولا على رب اللقطة ولا يكون له ان يمنعها من ربها لاجل ما أنفق (و) لو أنفق عليها (باذن القاضى

مقيدا

مقيدا بأن يقول بين جماعة من الثقات ان هذا ادعى ان هذه لقطة ولا أدرى أهو صادق أو كاذب وطلب ان آمره بالانفاق عليها فاشهدوا انى أمرته بالانفاق ان كان الامر كما يقول وكان الفقيه ابو جعفر يقول ينبغى للحاكم ان يحلفه ونظيره مالو باع عبدا فغاب المشترى ولم يجده وطلب من الحاكم ان يباع ويوفى دينه من ثمنه لا يجيبه حتى يقيم البينة فان عجز أجابه على نحو ماذكرنا فى اللقطة وقوله وباذن القاضى تكون دينا يشير الى ان النفقة تكون دينا بمجرد اذنه وليس كذلك فى الاصح لان مطلقه قد يكون للترغيب وللمشورة أو للالزام فلا يرجع بالاحتمال فلا بد من اشتراط الرجوع عليه كما ذكرنا فى اللقيط وانما يأمره بالانفاق عليها يومين أو ثلاثة بقدر ما يقع عنده انه لو كان المالك حاضر الظهر زيلعى وقوله فى النهر صورة اذنه ان يقول له أنفق على ان ترجع وان لم يقل ذلك لا تكون دينا فى الاصح وبه اندفع قول الزيلعى ان هذا يشير الى انها تصير دينا بمجرد أمره وليس كذلك فى الاصح تعقبه السيد الحموى بقوله لا كلام ان عبارة المصنف تفيد انها تصير دينا فى ذمته بمجرد الامر واما كونه الاصح فلم يدعه الزيلعى حتى يدفع (قوله تكون دينا عليه) أى على اللقيط اذا بلغ ولم يدع أحد نسبه أو رقه فان ادعاه أحد كانت دينا عليه أى على المدعى وهو الاب أو السيد نهر وقوله أو رقه يحمل على ما اذا أقام البينة انه عبده أو صدقه اللقيط لما سبق فى المتن من انه لا يرق الا ببينة وتقدم ان الاولى ابدال قوله الا ببينة بقوله الا بحجة كما فى النقاية ليشمل مالو أقر بالرق لغيره وصدقه ذلك الغير بقى ان يقال تقييده فى النقاية اقراره بالرق بما اذا كان بعد البلوغ هل هو قيد احترازى أم لا (قوله فيرجع على اللقيط) قدمنا عن القهستانى انه اذا مات فى صغره رجع على بيت المال (قوله ولو كان لها نفع أجرها وأنفق عليها) اعلم ان المصنف وكذا الشراح أطلقوا هذه المسئلة وقيدها فى الدرر بقوله وأنفق عليها منه يومين أو ثلاثة وتعقبه شيخنا بقوله لا موقع لهذا أى للتقييد بقوله يومين أو ثلاثة هنا لان نفقته من أجرته فلا تستأصله والعلة والمعلل له قاضيان بذلك نعم لو ذكره بعد قوله ومالا نفع له كالشاة اذن القاضى بالانفاق يومين الخ لكان متجها لان دوام النفقة حينئذ يستأصله قال ثم رأيت الموافقة لشيخ شيخنا يعنى الشرنبلالى واعلم انه اختلف فى الآبق هل يؤجر كالضال أولا ففى الهداية والكافى نعم قال فى الدرر ولم أجده فى غيرهما بل وجدت فى المحيط والبدائع والخلاصة خلافه حيث قالوا لا يجوز اجارة الآبق لاحتمال ان يأبق ووفق بحمل مافى الهداية والكافى على ما اذا كان المستأجر ذا قوة ومنعة لا يخاف عليه عنده ومافى غيرهما على خلافه أو يحمل كلامهما على الايجار مع اعلام المستأجر بحاله ليحفظ غاية الحفظ ومافى غيرهما على الايجار مع جهله بحاله شرنبلالية عن المقدسى قال فى البحر ولم أر ما لو صار اللقيط مميزا ولا مال له هل يؤجره القاضى للنفقة أولا نهر واستظهر الحموى انه ليس له ذلك لان القاضى لا يملك اتلاف منافع الصغير كالعم وانما ذلك للاب والام انتهى وأقول اذا جاز للملتقط ان يؤجره لتكون الاجرة للقيط كما يستفاد مما سبق عن القهستانى حيث قال وليس له ان يؤجره ليأخذ الاجرة لنفسه فكذا القاضى وتعليلهم المنع باتلاف المنافع يشير الى ماذكره القهستانى من التقييد (قوله أجرها القاضى) ولو حكما اذا أذن الملتقط ان يؤجر شيخنا عن القهستانى ومحصل كلام القهستانى ان اسناد الاجارة للقاضى اما لانه هو الذى باشر عقد الاجارة أو لانه اذن الملتقط بها فاسنادها اليه بالنسبة للوجه الاول حقيقى وبالنسبة للوجه الثانى حكمى (قوله وخاف ان تستغرق النفقة قيمتها) بأن انفق يومين أو ثلاثة ولم يظهر المالك (قوله باعها القاضى) هذا الاطلاق قيده فى البدائع بما اذا أقام البينة على الالتقاط نهر واذا بيعت أخذ الملتقط ما أنفق باذن القاضى وقدمنا عن الخلاصة ان البيع نافذ من القاضى موقوف من غيره على اجازته وبيع الملتقط باذن القاضى كبيع القاضى بحر وهو ظاهر فى ان المالك لو حضر لم يكن له نقض البيع وانما له الثمن على انه فى التتارخانية ذكر ان المولى لو قال هو مدبر او مكاتب لا يصدق فى نقض البيع واستشكله فى البحر بأنه لو باع بنفسه ثم قال هو مدبر او مكاتب أو أم ولد وبرهن قبل كما فى الفتح معللا بأن التناقض فى دعوى

تكون) النفقة (دينا عليه) وعلى صاحبها فيرجع على اللقيط اذا كبر وعلى رب اللقطة اذا جاء (ولو كان لها نفع أجرها) القاضى (وانفق عليها والا) أى وان لم يكن لها نفع وخاف ان تستغرق النفقة قيمتها (باعها) القاضى وأمره بحفظ الثمن

الحرية وفروعها الا يمنع قال السيد الحموي فيحمل ما في التتارخانية على ما اذا لم يبرهن واعلم انه ليس في رد اللقطة والضالة شيء لانه متبرع فان أعطاه المالك شيئا فحسن بخلاف الآبق وعن الكرخي اذا قال من وجدها فله كذا فله أجر مثله حموي عن قراحصاري والحاصل انه اذا اشترط شيئا للراد وكان معلوما كقوله لشخص معين قد ضاع لي شيء فان رددته علي فلك كذا كان له المشروط وان كان مجهولا كقوله من رده فله كذا لا يستحق المشروط بل أجر المثل لانه كاجارة فاسدة در (قوله ومنعها من ربها حتى يأخذ النفقة) لا فرق في جواز منعها للنفقة بين ان يكون الملتقط أنفق من ماله أو استدان بأمر القاضي ليرجع على صاحبها وقياس ما مر في النفقة ان له ان يحيل على ربها بغير رضاه كالزوجة اذا استدانت بالامر وللقاضي بيعها ويعطي النفقة من ثمنها اذا حضر ربها وامتنع من دفعها كما في الحاوي ولا يسقط دين النفقة بهلاكها في يد الملتقط قبل الحبس وبعده يسقط كالرهن ولم يحك المصنف في الكافي تبعا للهداية فيه خلافا فيفهم انه المذهب وجعل القدوري في تقريبه هذا قول زفر وعند أصحابنا لا يسقط لو هلك بعده وعزاه في الينابيع الى علمائنا الثلاثة نهر لكن نقل شيخنا عن فتاوى الشيخ قاسم ان القدوري علله بما يناسب في الرهن فقال قال أصحابنا لو أنفق على اللقطة بأمر القاضي وحبسها بالنفقة وهلكت لم تسقط النفقة خلافا لزفر لانها دين غير بدل عن عين ولا عن عمل منه فيها ولا تناولها عقد يوجب الضمان قلت الاول للمبيع قبل القبض والثاني للاجرة في الاجارة التي فيها عمل والثالث للرهن فانه عقد يوجب الضمان وبالقيد الاخير خرج الجواب عن قياس زفر على المرتهن وتعقب بأنه ان خرج الجواب بما ذكر عن قياسه بالرهن لا يخرج الجواب عن قياسه بجعل الآبق وقد ذكره في الهداية ونص انه اليه أقرب وفي الشرنبلالية عن المقدسي يحتمل ان يكون في المسئلة روايتان (قوله ولا يدفعها الى مدعيها) جبرا عليه نهر (قوله بلا بينة) لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على من ادعى عيني (قوله أو شبه الدابة) أي لونها حموي (قوله ان كانت دابة) غير محتاج اليه حموي (قوله واسمه) في بعض النسخ ووسمه بالواو حموي (قوله حل الدفع) ولو صدقه حل أيضا ثم قيل لا يجبر وقيل يجبر واذا دفع بالتصديق أو بالعلامة وأقام آخر بينة انها له فان قائمة أخذها وان هالكة ضمن أيهما شاء فان ضمن القابض لا يرجع على أحد أو الملتقط فكذلك في رواية وفي أخرى يرجع وهو الصحيح لانه وان صدقه الا انه بالقضاء عليه صار مكذبا شرعا فبطل اقراره نهر عن الفتح وفيه عن النهاية لو دفع ببرهان فأقام آخر بينة انها له لا يضمن وله أخذ الكفيل لاحتمال ان يقيم غيره بينة انها له اما اذا دفعها بالبرهان فلا يأخذ في الاصح ولو ادعاها وبينا علامة موافقة قال في البحر لم أره وينبغي ان يحل له الدفع لهما ونظر فيه السيد الحموي باحتمال ان أحدهما عرف العلامة من صاحبها أو رآها عنده (قوله وقال مالك والشافعي يجبر) لما روى مسلم من قوله عليه الصلاة والسلام فان جاء صاحبها فعرف عفاصها ووكاءها وعددها فأعطها اياه والا فهي لك وهذا امر وهو للوجوب ولنا انه مدع وعليه البينة لما روينا والعلامة لا تدل على الملك ولا على اليد لان الانسان قد يقف على مال غيره ويخفى عليه مال نفسه فلا عبرة بها وما رواه محمول على الجواز توفيقا بين الاخبار عيني (قوله وينتفع بها) لو فقيرا وذا باذن القاضي عند الاكثر وقيل بدونه شرنبلالية عن البرهان ثم لو أصاب مالا يجب عليه ان يتصدق على الفقراء بمثل ما أنفق على نفسه وهو المختار نهر عن الولوالجية فان قلت ما ذكره الولوالجي من عدم لزوم التصدق بمثل ما أنفق على نفسه في المختار مخالف لما نقله البرجندي عن الظهيرية من وجوب ذلك عليه في المختار ونصه اذا باع الملتقط اللقطة باذن القاضي وهو فقير وأنفق الثمن على نفسه ثم أصاب مالا يجب عليه ان يتصدق على الفقراء بمثله وهو المختار لانه وضعه في موضعه انتهى قلت لا مخالفة بينهما خلافا لما توهمه السيد الحموي وقوله يجب صوابه لا يجب بدليل التعليل الذي ذكره (قوله لو فقيرا) أطلق في عدم الانتفاع للغني فشمل القرض ولهذا قال في الفتح وليس للملتقط اذا كان غنيا ان يتملكها بطريق القرض الا باذن الامام وان كان فقيرا فله ان يصرفها الى نفسه صدقة

(ومنعها) أي الملتقط اللقطة (من ربها حتى) يأخذ النفقة ولا يدفعها الى مدعيها بلا بينة فان بين علامتها بأن ان لم يقم البينة وبين علامتها ووعاءها سمي وزن الدراهم وعددها ووكاءها أو شبه الدابة وسنها ان كانت دابة أو حلية العبد واسمه وجنسه وسنه (حل الدفع) اليه (بلا جبر) من القاضي وقال مالك والشافعي يجبر (وينتفع بها لو) كان الملتقط (فقيرا والا) أي وان لم يكن فقيرا

لاقرضا بحر (قوله تصدق الخ) الا ان يعلم انها لذمي فتوضع في بيت المال كما قدمناه (قوله وولده) أطلقه فشمل الصغير وينبغي تقييده بأن يكون الملتقط فقيرا بحر وأقول هذا سهو بل المراد به الكبير اذ موضوع المسئلة ما اذا كان الملتقط غنيا وله ابن فقير وهذا لا يتأتى في الصغير فكيف يشمله الاطلاق نهر وتبعه الحموي ووجه عدم الشمول ان ابن الغني الصغير يعد غنيا بغنى أبيه بخلاف ابنه الكبير حيث لا يعد غنيا بغنى أبيه وأقول تسمية صاحب البحر انما تتجه ان لو كان تصدق الملتقط بها على غيره ينحصر فيما لو كان غنيا مع انه لا ينحصر اذ للفقير ان يتصدق بها أيضا كالغني وان جاز له ان يصرفها الى نفسه لفقره فما ادعاه في البحر من شمول الولد الصغير ويحمل على ما اذا كان الملتقط فقيرا لما قدمناه من أن الصغير يعد غنيا بغنى ابيه صحيح وكون موضوع المسئلة ما اذا كان الملتقط غنيا لا يقدح في صحة ما ذكره في البحر (تتمة) مات في البادية جاز لرفيقه بيع متاعه ومركبه وحمل ثمنه الى اهله ولو لم يعرف وارثه فتركته كلقطة ما لم تكن كثيرا فلبيت المال بعد الفحص عن ورثته سنين فان لم يجدهم فله لو مصرفا له برج حمام اختلط به اهلي بغيره لا ينبغي له ان يأخذه وان أخذه طلب صاحبه ليرده عليه لانه كاللقطة فان افرخ عنده فان كانت الام غريبة لا يتعرض لفرخها لانه ملك الغير وان الام لصاحب البرج والغريب ذكر فالفرخ له ولو لم يعلم ان بيرجه غريبا لا شيء عليه ان شاء الله واذا لم يملك الفرخ فان فقيرا اكله وان غنيا تصدق به ثم اشتراه وهكذا كان يفعل الامام الحلواني تنوير وشرحه

(كتاب الآبق)

الاباق مصدر أبق كضرب هذا هو الاكثر كما في المصباح وفي القاموس أبق العبد كسمع وضرب ومنع ابقا ويحرك واباقا ككتاب ذهب بلا خوف ولا كد عمل أو استخفى وعرفه في العناية والشارح كما سيأتي بأنه الهارب من مالكه قصدا وفيه ان الهرب لا يتحقق الا بالقصد وايضا لا يلزم ان يكون الهرب من المالك ومن ثم عرفه في الاصلاح بانه انطلاق الرقيق تمردا ليدخل ما لو هرب من المستأجر أو المستعير أو المودع أو وصيه نهر واقره الحموي واقول ذكر القصد تصريح بما علم التزاما من ذكر الهرب ولا بدع فيه على ان دلالة الالتزام لا يكتفى بها في التعاريف على ما عرف في موضعه وأما قوله من مالكه أي ولو حكما فلا يرد عليه ما لو هرب من المستأجر ونحوه اذ يده كيده (قوله من حيث ان فيهما احياء المال) هذا ظاهر بالنسبة الى القن اما بالنسبة للمدبر المطلق وام الولد فليس بظاهر حموي وفيه نظر لانه لم يثبت لهما بالتدبير والاستيلاد الا حق الحرية فقط اما حقيقتها فتتوقف على موت المولى وثبوت حق الحرية لا ينافي بقاء المالية الا ترى الى ما علل به في النهر قول المصنف وام الولد والمدبر كالقن حيث قال لانه احياء ماليتهما ولهذا استحق الجعل بردهما ثم رأيت بخط شيخنا معزيا للعناية انه اجاب بما محصله ان عدم تمول ام الولد عند الامام باعتبار رقبتها ولها مالية باعتبار كسبها الا انه أي المولى احق بكسبها وقد احيا الراد ذلك بردها انتهى بتصرف (قوله فر من مالكه) حقيقة كان أو حكما كما سبق فلا يرد عليه شيء خلافا لما ذكره السيد الحموي تبعا للنهر (قوله قصدا) احترز به عن الضال وهو المملوك الذي ضل عن الطريق الى منزله من غير قصد ورده في النهر عن الفتح بان الفرار لا يتحقق الا مع القصد وقد علمت جوابه (قوله اخذه احب) ان قوي عليه ما لم يغلب على ظنه تلفه على المولى ان لم يأخذه مع قدرته عليه فيجب اخذه وما في البحر من انه يفترض فسهو نهر لكن ما ذكره في البحر جرى عليه في التنوير ونصه اخذه فرض ان خاف ضياعه الخ (قوله وافضل من تركه) هذا ان أمن على نفسه واخذه ليرده على المولى والا فيحرم بأن اخذه لنفسه وكذا اذا خاف على نفسه يستحب تركه بحر (قوله وقيل تركه أولى) لانه لا يبرح مكانه فيلقاه مولاه ووجه الاول احتمال الضياع ففي أخذه احياؤه درر وقوله لا يبرح مكانه اي بقصد الهرب ومحل الخلاف ما اذا لم يعلم

(تصدق على أجنبي وضع على أبويه وزوجته وولده لو) كانوا (فقراء)
(كتاب الآبق) تناسب الكتابين من حيث ان فيهما احياء المال بعد ما صار على عرض الزوال وهو مملوك فر من مالكه قصدا (أخذه احب) وافضل من تركه (ان قوي) أي قدر (عليه) وأخذ الضال قيل كذلك وقيل تركه أولى والضال هو الذي ضل الطريق الى منزل مالكه

واجد الضال مولاه ولا مكانه اما اذا علمه فلا ينبغى ان يختلف فى افضلية اخذه ورده نهر عن الفتح وفيه
عن الحلوانى انه بالخيار ان شاء اتى بالآبق للامام ليحبسه حفظا له عن اباقه وان شاء امسكه الى مجىء المولى
قال الحموى وأما السرخسى فاختار ان يأتى به للسلطان اونائبه او القاضى لانه لا يقدر على حفظه لتمرده
وكذا الاختلاف فى الضال والضالة كما فى البرجندى انتهى لكن جزم فى البحر بأن الضال لا يحبس
وليس المراد حبسه ابتداء بل اذا رفعه الى القاضى ونحوه لا يقبله الا بينة ثم يحبسه شرنبلالية عن التبيين
فان طالت مدة مجىء المولى باعه القاضى ولو مع العلم بمكانه لئلا يتضرر المولى بكثرة النفقة وحفظ ثمنه
لصاحبه وان جاء المولى بعده وبرهن اوعلم دفع باقى الثمن اليه ولا يملك المولى نقض بيعه الا اذا برهن انه
مدبرا ومكاتب اوأم ولد اوكان عنده ولد منها نهر ولو انكر المولى اباقه مخافة جعله حلف الا ان يبرهن على
اباقه وعلى اقرار المولى بذلك تنوير وشرحه عن الزيلعى واعلم ان بيعه خوف كثرة النفقة ظاهر على
ماقدمناه من ان الآبق لا يؤجر خوف اباقه اما على ماسبق فى كتاب اللقطة عن الهداية والكافى من انه
يؤجر فلا (تتمة) مدة حبسه مقدرة بستة اشهر ونفقته فيها من بيت المال ثم بعدها يبيعه القاضى در
وقدمنا مايفيد الرجوع على المولى بمؤنة النفقة فيقتطع ذلك من ثمنه ويدفع له الباقى فقولهم نفقته
فى بيت المال اى قرضا (قوله ومن رده الخ) عم كلامه مالو اعتقه المولى لانه يصير قابضا بالاعتاق ومالو
باعه من الراد لسلامة البدل له وأطلق فى الراد فعم الحر والعبد والبالغ والصبى والجعل للمولى ومااذا رده
بنفسه او بنائبه ولو تعدد الراد كان الجعل بين الكل أو المردود عليه كان الجعل بقدر النصيب فلو غاب
البعض ليس للحاضر أخذه حتى يعطى تمام الجعل ولا يكون متبرعا بالزائد بل يرجع به لانه مضطر اليه
اوالمردود بان رد امة مع ولدها الذى يعقل الاباق تعدد الجعل واعتبار كونه يعقل الاباق اولى من
اعتبار كونه قارب الحلم لانه ليس بقيد نهر وان كان وارثا ينظر ان اخذه بعد الموت لا يستحق شيئا وان
أخذه فى حياته ثم مات يستحق الجعل فى حصة غيره عندهما خلافا لابى يوسف عينى ابو يوسف يقول ان
وجوب الجعل يضاف الى التسليم لا الى الاخذ ووقت التسليم هو مشترك بينه و بين غيره فيكون عاملا
لنفسه وهما يقولان ان الوجوب يضاف الى العمل لان الاجرة تستحق بالعمل واعلم انه يستثنى من هذا
العموم مالو رده السلطان او الشحنة او الخفير او من يعول اليتيم أو الوصى أو من استعان به المولى أو احد
الزوجين أو الولد وان لم يكن فى عياله وأما الآب وباقى الاقارب فان كانوا فى عيال المالك لا يجب والا وجب
قال فى النهر والعذر للمصنف انه لم يستوف جميع الاحكام على انه مامن عام الا وخص وقد يقال ان العادة
جرت بالرد ممن ذكر تبرعا فلذلك ابقى المصنف من على عمومها للعلم بالتخصيص من جارى العادة فلم يتناولهم
اطلاق الكتاب حموى عن قراحصارى (قوله من مدة سفر) هى ثلاثة ايام والتقييد بها للاحتراز عن
الاقل فانه يرضخ له او يجب له من الاربعين بحسابه على ماسيأتى لا الزيادة اذلا يزاد له فى الجعل بزيادة
المدة على الثلاث (قوله اربعون درهما) ولا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الاقل لانه حط بحر
(قوله وفى القياس لا جعل له) لانه متبرع بمنافعه فاشبه رد العبد الضال ولنا ان رجلا قدم بآبق من
الفتوم فقال القوم لقد اصاب أجرا فقال عبد الله بن مسعود وجعلا والصحابة اتفقوا على وجوب الجعل
وان اختلفوا فى مقداره فعن ابن مسعود انه اوجب اربعين وعمر دينارا واثنى عشر درهما وعلى دينارا
أوعشرة دراهم وعن عمار بن ياسر ان رده فى المصر فعشرة وان خارج المصر فاربعون فيحمل الكل على
السماع لان الرأى لا مدخل له فيه ثم يحمل قول من قال بالاربعين على مسافة السفر ومادونه مادونها
توفيقا وتلفيقا عينى وقوله من الفتوم قال الشيخ شاهين الذى وجدته بخط الشيخ المقدسى فى ابن الهمام
بالياء وهو المناسب فقد تتبعت بعض كتب اللغة فلم اجد لفظة فتوم كالقاموس واضرابه (قوله ولو كانت
قيمته اقل) لان هذا تقدير الشرع فلا يحط منه لنقصان القيمة كصدقة الفطر لا يحط منها لو كانت قيمة
الرأس انقص من صدقة فطره عينى (قوله وقال محمد يقضى له بقيمته الا درهما) لان وجوبه ثبت احياء

لحقوق

(ومن رده من مدة سفر) الى مولاه
(فله أربعون درهما) مطلقا سواء
شرط أولم يشرط وفى القياس لاجعل
له الا بشرط وهو قول الشافعى هذا
اذا لم يعده الاعانة حتى اذا قال المالك
لآخر قد ابق عبدى ان وجدته
فخذه فقال نعم فوجده المأمور على
مسيرة السفر وجاء به الى مولاه فلا
جعل له لان المالك استعان به وهو
قدر على الاعانة كذا فى الخلاصة
(ولو) كانت (قيمته أقل منه) وهو
قول ابى يوسف وقال محمد يقضى له
بقيمته الا درهما (ومن رده لاقل
منها)

لحقوق الناس ونظرا لهم وليس من النظر ايجاب اربعين لرد من لا يساوى ذلك عينى وذكر القدورى
وغيره قول الامام مع محمد نهر فكان هو المذهب بحر وظاهر كلام الدر يفيد ترجيح قول ابى يوسف
(قوله فبحسابه) لان العوض يوزع على المعوض ضرورة المقابلة وذكر فى الاصل انه يرضخ له اذا وجده
فى المصر أو خارج المصر وعن ابى حنيفة انه لا شئ له فى المصر ثم ان اتفقا على الرضخ فلا كلام وان اختلفا
فالامام يقدره عينى وغيره كالزيلعى ومنه يعلم مافى كلام الشارح حيث قال وحسابه قد يكون بتصالحهما
الخ بناء على مافهمه من ان قول المصنف فبحسابه يمكن ان يتمشى على هذه الاقوال التى أشار اليها
الشارح وليس كذلك بل هو نص فى الاخير وهو قوله وقد يكون بتوزيع الاربعين الخ (قوله وقد
يكون برأى الحاكم) هو الصحيح وعليه الفتوى بحر واعلم ان تفويض تقديره لرأى الحاكم محله ما اذا لم يتفقا
على شئ كما قدمناه عن العينى (قوله والمدبر وأم الولد كالقن) لانه احياء ماليتهما له اما باعتبار الرقبة
كما فى المدبر او باعتبار الكسب كما فى ام الولد وهذا الاطلاق قيده الزيلعى تبعا للهداية بما اذا ردهما فى
حياة المولى أما بعد موته فلا جعل له لان أم الولد تعتق بالموت وكذا المدبر ان خرج من الثلث وان لم
يخرج فكذلك عندهما وعند الامام هو كالمكاتب ولا جعل فيه نهر قال الحموى الاولى فى التعليل
ان يقال لانه احياء ملكه فيهما ونقل عن البرجندى معزيا للملتقط انه لا جعل برد المدبر انتهى ومقتضاه
ان أم الولد كذلك (تتمة) مات المولى بعد الرد وعليه ديون قدم الجعل على سائر الغرماء وقسم الباقى
نهر (قوله وان أبق من الراد) أى ممن يريد الرد فلو رده بعد اباقه آخر ان كان الثانى أخذه من المصر
فلا جعل له نهر وهذا انما يتخرج على ماروى عن الامام من انه اذا رده من المصر لا شئ له وهو خلاف
ماذكره فى الاصل من انه يرضخ له كما قدمناه عن العينى وذكر فى النهر انه الاصح قال ومقتضى مافى
الكتاب انه يستحق بحسابه أيضا وجعل العبد الموصى بخدمته لانسان وبرقبته لآخر على صاحب الخدمة
فى الحال فاذا مضت المدة رجع على صاحب الرقبة ويباع العبد به نهر واذا أبق العبد بماله فجاء به رجل
وقال لم أجد معه شيئا فالقول قوله ولا شئ عليه ولا يكون وصول يده على العبد دليلا على وصول يده الى
المال بحر عن الظهيرية (قوله لا يضمن) لانه امانة ولا جعل له نهر حتى لو استعمله فى حاجة نفسه ثم أبق
ضمن وفى الوهبانية لو أنكر المولى اباقه قبل قوله بيمينه ويلزم مريد الرد قيمته مالم يبين اباقه درأى يبرهن
على اباقه او على اقرار المولى بذلك زيلعى (قوله هذا اذا اشهد الخ) أو محمول على انه لم يتمكن من الاشهاد
والقول له فى ذلك نهر عن التتارخانية (قوله فالاشهاد عليه حتم عند أبى حنيفة ومحمد) حتى لو تركه يكون
ضامنا ولا يستحق الجعل اذا رده عندهما وعند أبى يوسف لا يضمن ويستحق الجعل اذا رده وقدم الاصل
فى كتاب اللقطة عينى هو انه عندهما أقر آخذه بسبب الضمان وادعى مايبرئه وعند أبى يوسف هو أمين
والقول قوله (قوله حتى لو رده من لم يشهد وقت الاخذ الخ) أى مع التمكن حتى لو ترك الاشهاد لعدم
التمكن منه لم يكن مانعا من وجوب الجعل اذا وجد الرد ولا موجبا للضمان عليه عند عدم الرد بالاتفاق
بان أبق من يده او مات ولهذا قال فى التنوير وشرحه وضمن لو ابق أو مات قبله مع تمكنه منه لانه غاصب
ولا جعل له فى الوجهين خلافا للثانى فى الثانى لان الاشهاد عنده ليس بشرط فيه وفى اللقطة انتهى
والحاصل ان ثمرة الاختلاف فى كون الاشهاد مع التمكن هل هو شرط ام لا تظهر فى الضمان بتركه وفى
استحقاق الجعل برده فعند أبى يوسف لا يضمن اذا ترك الاشهاد واذا رده استحق الجعل خلافا لهما واعلم
ان المراد بالوجه الثانى فى قول التنوير وضمن لو ابق قبله أى قبل الاشهاد ولا جعل له فى الوجهين مالو رده
مع ترك الاشهاد دل على ذلك قول شارحه خلافا للثانى فى الثانى الخ والا فهذا الوجه لم يسبق له ذكر فى المتن
(قوله وقت الاخذ) كذا قيد به فى البحر والزيلعى أيضا عقب قول المصنف وان ابق من الراد لا يضمن
ومقتضى التقييد به انه لو ترك الاشهاد وقت الاخذ ثم وجد منه فيما بعد لا ينتفى عنه الضمان لكن ذكر
فى التنوير الاشهاد ولم يقيد بوقت الاخذ فليحرر ثم ظهر ان مافى التنوير من ذكر الاشهاد غير مقيد بوقت

فبحسابه) وحسابه قد يكون
بتصالحهما وقد يكون برأى الحاكم
وقد يكون بتوزيع الاربعين على
الايام الثلاثة فان جاء به من مسيرة
يوم فله ثلث اربعين وان جاء به من
مسيرة يومين فله ثلثا اربعين على هذا
(والمدبر وأم الولد كالقن) فى وجوب
الجعل التام (وان ابق من الراد
لا يضمن) الراد هذا اذا أشهد على انه
أخذه ليرده على المالك (ويشهد)
أى وعليه ان يشهد (انه أخذه ليرده)
فالاشهاد عليه حتم عند أبى حنيفة
ومحمد رحمهما الله حتى لو رده من لم يشهد
وقت الاخذ لاجعل له عندهما

الاخذ يشير الى مافى البحر عن الفتح فى شرح قول المصنف وعرف الى ان يعلم ان ربها الخ حيث قال وفى الفتح لا يلزم الاشهاد وقت الاخذ بل لابد منه قبل هلاكها ليعرف انه اخذها ليردها لا لنفسه انتهى ولا مانع من ان صاحب التنوير يقول حيث كان الاشهاد وقت الاخذ ليس بشرط بل فى اللقطة وانما الشرط وجود الاشهاد قبل هلاكها بناء على ماذكره فى الفتح فكذا فى الآبق لكن قال فى البحر وهو أى ماذكره فى الفتح غير صحيح لان الاشهاد لابد منه على قول الامام عند الاخذ باتفاق المشايخ وانما اختلفوا هل يلفى هذا الاشهاد عند الاخذ عن التعريف بعده اولا ولم يقل أحد ان التعريف يكفى عن الاشهاد وقت الاخذ (قوله أى لو ابق العبد المرهون فردّه) فى حياة الراهن او بعد موته (قوله والباقى على الراهن) كثمن الادوية والفداء من الجناية ينقسمان على المضمون والامانة (قوله وأمر نفقته كاللقطة) هذه الجملة ساقطة من المتن فى بعض نسخ هذا الشرح حموى (تتمة) جعل العبد الجانى على المولى ان اختار الفداء وان اختار دفعه بالجناية فعلى ولى الجناية عينى وهذا اذا جنى قبل اخذه أما لو جنى فى يده خطأ او عمدا فلا جعل على احد نهر وجعل المغصوب على الغاصب قال فى النهر و ينبغى ان لا يرجع به على المالك كما قال بعضهم

(كتاب المفقود)

وهو مشتق من الفقد قال فى القاموس فقده يفقده فقدا وفقدانا وفقودا عدمه فهو فقيد ومفقود اه وقال فى الصحاح فقدت الشئ أفقده فقدا وفقدانا وتفقدته أى طلبته عند غيبته اه فالمفقود فى كلام صاحب القاموس بمعنى المعدوم وعلى كلام صاحب الصحاح بمعنى المطلوب ولهذا قال فى النهاية انه فى اللغة من الاضداد تقول فقدت الشئ أى اضللته وفقدته أى طلبته وكلا المعنيين يتحقق فى المفقود فقد ضل عن أهله وهم فى طلبه نوح أفندى وأنت خبير بان الطلب ليس ضد الاضلال الا ان يكون اطلاق الضد توسعا بناء على ان الطلب سبب للوجدان فأقيم مقامه نهر عن الحواشى السعدية (قوله ثم المفقود الخ) مقصوده من هذا بيان الفرق بين المفقود والآبق حموى ووجهه ان الآبق خفى الاثر مطلقا نظرا الى اول حاله وما آله بخلاف المفقود لان الفقد طارأ عليه بعد ان خرج مسافرا الى مكان معلوم وهذا معنى كونه موجودا نظرا الى أول حاله لكن هذا لا يطرد فى كل مفقود فالفرق بينهما باعتبار ان الغالب فى المفقود ان يكون الفقد طارئا عليه (قوله خفى الاثر) كان الظاهر ان يقال معدوم الاثر لكن لا يلائم قوله كالميت فتأمل حموى ووجه الظهور أن الموجود يقابله المعدوم ووجه عدم الملاءمة ان التشبيه بينه و بين الميت مشعر بالمغايرة وان اشتركا فى وجه الشبه فلهذا كان الملائم للتشبيه هو التعبير بخفى الاثر الصادق بالموجود فى نفس الامر ولا كذلك المعدوم (قوله وحكمه شرعا انه حى الخ) أى حكمه باعتبار أول حاله لا مطلقا حموى (قوله فى حق نفسه) ميت فى حق غيره فلا يرث من احد مات فى حال فقده مالم تعلم حياته فى الوقت الذى مات فيه مورثه لان جعله حيا باعتبار استصحاب الحال وهو حجة دافعة لاستحقاق الغير ماله فلا يقسم ماله ولا تنكح عرسه لا مثبتة لاستحقاقه مال غيره لكونه حجة ضعيفة (قوله حتى لا تنكح عرسه) ولا اختها من زوجها قهستانى اى لو كان المفقود امرأة والعرس بالكسر امرأة الرجل والجمع اعراس مختار (قوله غائب) أى بعيد عن اهله ولم يذكر الغائبة لانه من الاحكام المشتركة وليس بتغليب كما ظن والا كان مجازا بلا قرينة قهستانى (قوله لم يدر موضعه) اذ العلم بالمكان ولو بعد يستلزم العلم بهما غالبا فدخل من اسره العدو ولم تعلم حياته نهر عن المحيط وضمير التثنية فى بهما يعود على الحياة والموت (قوله من يأخذ حقه) يعنى يقبض غلاته التى أقر بها غرماؤه لانه من باب الحفظ ولا يخاصم فى دين لم يقر به الغريم ولا فى نصيب له فى عقار أو عرض فى يد غيره لانه ليس بمالك ولا نائب عنه وانما هو وكيل بالقبض من جهة القاضى وانه لا يملك الخصومة بالاتفاق لما فيه من تضمن الحكم

(وجعل الرهن) أى لو ابق العبد المرهون فرده فالجعل (على المرتهن) هذا اذا كانت قيمته مثل الدين أو أقل منه فان كانت أكثر منه فبقدر الدين عليه والباقى على الراهن (وأمر نفقته كاللقطة)

(كتاب المفقود) كلا تناسب الكتابين من حيث ان كلا منهما غائب لم يدر أثره ثم المفقود موجود نظرا الى أول حاله خفى الاثر نظرا الى ما آله كالميت وحكمه شرعا انه (هو حى فى حق نفسه حتى لا تنكح عرسه ولا يقسم ماله ولا تفسخ اجارته (وهو غائب لم يدر موضعه وحياته وموته وينصب القاضى من يأخذ حقه

على الغائب وانما الخلاف المعروف بين الاصحاب فيمن وكله المالك بقبض الدين هل يملك الخصومة ام لا فعند أبى حنيفة يملك وعنده مالا يملك فان رآى القاضى سماع البينة وحكم بذلك لم ينفذ حكمه حتى ينفذه حاكم آخر زيلعى وهو مخالف لما فى الهداية من انه اذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب وانه لا يجوز الا اذا رآه القاضى وقضى به لانه مجتهد فيه انتهى ووجه المخالفة عدم الحاجة للتنفيذ من حاكم آخر على مافى الهداية وعلى ماذكره الزيلعى لا ينفذ الا اذا نفذه حاكم آخر قال العلامة عزمى زاده وماذكره الزيلعى لا ينبغى ان يعول عليه وتعقبه شيخنا بان الذى ذكره الزيلعى بالقبول والتعويل عليه جدير كيف لا وكلامه هنا وافق المنقول فيما سيأتى من كتاب القضاء ونصه واما ان يكون الخلاف فى نفس القضاء وفيه روايتان فى رواية لا ينفذ ذكره الخصاف وهو الصحيح لان محل الخلاف لا يوجد قبل القضاء فاذا قضى فحينئذ وجد محل الاختلاف والاجتهاد فلابد من قضاء آخر وذلك مثل القضاء على الغائب وللغائب وقضاء المحدود فى القذف وشهادته بعد التوبة وقضاء الفاسق وشهادته قبل التوبة حتى لو قضى على الغائب او قضى الفاسق او المحدود لا ينفذ الا اذا رفع الى حاكم آخر فقضى بصحة حكمه فحينئذ يلزم ولو فسخه انفسخ لان الخلاف فى نفس القضاء فقبل القضاء لم يوجد محله انتهى وتبعه الكمال بن الهمام مخالفا للهداية وصاحب البحر والشيخ عمر ايضا لكن نقل الكمال هنا عن الخلاصة ان الفتوى على ان المجتهد فيه سماع البينة على غائب فينفذ ولهذا قال فى البحر فقد اختلف الترجيح والحاصل كما ذكره فى البحر هنا ان فى نفاذ القضاء على الغائب روايتين صححوا فى باب المفقود رواية النفاذ وفى كتاب القضاء رواية عدمه كذا حرره شيخنا رحمه الله تعالى وبهذا التقرير يعلم ماوقع فى كلام بعضهم حيث عزا للزيلعى انه يقول بان القضاء على الغائب ممن يراه يجوز معللا بانه فصل مجتهد فيه وليس كذلك وعذره انه لم يستوعب كلام الزيلعى بتمامه لان كلامه صريح فى عدم النفاذ الا اذا نفذه قاض آخر (تنبيه) نقل شيخنا عن الرملى على المنهاج بهامش نسخة الزيلعى عند قوله وانما الخلاف المعروف بين الاصحاب الخ ما نصه المراد بالصحبة هنا الاجتماع فى اتباع الامام المجتهد فيما يراه من الاحكام مجازا عن الاجتماع فى العشرة ولهذا قال الشافعى رضى الله عنه العلم بين اهل العلم رحم متصلة انتهى (قوله ويحفظ ماله) و يبيع القاضى ما يخاف فساده ويحفظ ثمنه قلت لكن فى معروضات المفتى ابى السعود القضاة وامناء بيت المال فى زماننا مأمورون بالبيع مطلقا وان لم يخف فساده فان ظهر حيا فله الثمن واذا بيع بغبن فاحش فله فسخه در وظاهر كلام الزيلعى يقتضى انه يتولى البيع بنفسه والمذكور فى الهداية ان الذى يبيعه انما هو القاضى نهر واقول يمكن حمل مافى الزيلعى على ما اذا كان البيع باذن القاضى فتزول المخالفة (قوله وينفق منه) اى من ماله والمراد به الدراهم والدنانير وثمن ما يخاف فساده قهستانى لان حقهم فى المطعوم والملبوس فاذا لم يكن ذلك فى ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة والقضاء على الغائب لا يجوز والتبر بمنزلتهما وهذا اذا كان فى يد القاضى واذا كان وديعة او دينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودع والمدين مقرين بالوديعة والدين والنسب والنكاح اذا لم يكن ذلك ظاهرا عند القاضى وان كان احدهما غير ظاهر شرط الاقرار به (قوله كالابوين الخ) ولم يشترط الفقر فى الاصول استغناء بما مر فى النفقات واراد بالفروع الصغار والزمنى من الذكور الكبار الفقراء لان وجوب النفقة لهؤلاء لا يتوقف على القضاء فكان اعانة لهم بخلاف غير الولاد من الاخ ونحوه فان وجوبها عليه يتوقف على القضاء فكان قضاء على الغائب وهو لا يجوز نهر وقوله واراد بالفروع الخ اى باعتبار انفهامهم من قوله ولادا فكانه قد صرح بذكرهم ولو قال واراد الفروع الخ لكان اولى وقوله من الذكور الكبار الفقراء يحترز به عن الاناث الكبار حيث لا يشترط فيهن الزمانة لان صفة الانوثة عجز (قوله فلا ينصب القاضى) فيه نظر اذ هو وكيل بحفظ المال لا يملك قبض ديونه التى اقر بها غرماؤه ولا غلاته وحينئذ فيحتاج الى النصب نهر واقول اذا كان وكيلا مطلقا ما المانع من قبضه ديونه التى اقر بها غرماؤه وغلاته حموى (قوله يفرق بعد مضى اربع سنين الخ) وبه قال الشافعى فى قول

ويحفظ ماله ويقوم عليه وينفق منه على قريبه ولادا) أى من جهة الولاد كالابوين والاجداد والجدات والاولاد وأولاد الاولاد (و) على (زوجته) فان كان المفقود نصب فى حال حضرته قيما ليقوم على ماله ويحفظه حال غيبته فلا ينصب القاضى (ولا يفرق) القاضى (بينه) أى بين المفقود (وبينها) أى و بين زوجته مطلقا خلافا لمالك فان عنده يفرق بعد مضى أربع سنين ان طلبت وتعتد عدة الوفاة

واحد فى رواية لان عمر فعل ذلك فى الذى استهوته الجن فى المدينة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام فى امرأة المفقود انها امرأته حتى يأتيها البيان وعمر رضى الله عنه رجع عن هذا عينى قال القهستانى لو افتى بقول مالك فى موضع الضرورة ينبغى ان لا بأس به الخ (قوله وحكم بموته الخ) ثم طريق موته اما بالبينة أو موت الاقران وطريق قبول هذه البينة ان يجعل القاضى من فى يده المال خصما عنه او ينصب عليه قيما تقبل عليه البينة نهر عن التتارخانية وظاهر القهستانى يفيد جواز اقامة البينة على الوكيل من جهة المفقود بان وكله قبل فقده قال فى الدر وفى واقعات المفتين لقدرى افندى معزيا للقنية انه انما يحكم بموته بالقضاء لانه امر محتمل فما لم ينضم اليه القضاء لا يكون حجة وهذا مستفاد من قول الشارح وحكم القاضى ثم رأيت القهستانى ذكر بعد قول المتن وبعد ما حكم بموته ما نصه وفيه دلالة على انه يحكم بموته بمجرد انقضاء المدة فلا يتوقف على قضاء القاضى كما قال شرف الائمة وغيره وقال نجم الائمة يتوقف الخ ولم يذكر ترجيحا وكلام قدرى افندى وكذا الشارح يفيد ترجيح التوقف على القضاء لجزمه به (تتمة) ادعى انسان على المفقود ان عنده حقا من دين أو وديعة او شركة او مطالبة باستحقاق لم يلتفت الى دعواه لان الدعوى انما تسمع على الخصم والورثة انما تصير خصما بعد موت المورث ولم يظهر موته فان رأى القاضى سماع البينة وحكم بذلك نفذ حكمه لكونه مجتهدا فيه حموى عن الولوالجية (قوله تسعين سنة) من يوم ولد وعليه الفتوى وفى الهداية وهو الارفق نهر وقال المتأخرون من مشايخنا انها ستون سنة رفقا بالناس ودفعا للحرج عينى (قوله بموت اقرانه) أى من اهل بلده وقيل من جميع البلدان قال خواهر زاده والاول اصح قال السرخسى وهذا اليق بالفقه لان نصب المقادير بالرأى لا يجوز غير ان الغالب ان الانسان لا يعيش بعد موت اقرانه وانت خبير بان التفحص عن موت الاقران غير ممكن أو فيه حرج فعن هذا اختار المشايخ تقديره بالسن ثم اختلفوا نهر وفى التبيين والمختار انه يفوض الى رأى الامام لانه يختلف باختلاف البلاد وكذا غلبة الظن تختلف باختلاف الاشخاص فان الملك العظيم اذا انقطع خبره غلب على الظن فى ادنى مدة انه مات لاسيما اذا دخل فى مهلكة وما كان سبب اختلاف الناس فى مدته الا الاختلاف آرائهم فيه فلا معنى لتقديره انتهى (قوله وفى المروى عن أبى يوسف بمائة سنة) وفى التتارخانية عن الحاوى وبه نأخذ وفيها عن التهذيب الفتوى على تقديره بثمانين سنة قال فى الفتح والاحسن عندى التقدير بسبعين لخبر اعمار امتى ما بين الستين الى السبعين نهر والحاصل ان كلا من الاقوال مرجح ما عدا رواية المائة والعشرين فانى لم أر من رجحها (قوله تعتد امرأته عدة الوفاة) باربعة اشهر وعشر او شهرين وخمس أو وضع حمل قهستانى (قوله فيرد على ورثة صاحب المال) وكذا اذا أوصى له يوقف الموصى به الى أن يحكم بموته فاذا حكم بموته يرد المال الموصى به الى ورثة الموصى زيلعى (قوله فلو كان مع المفقود وارث يحجب به الخ) اعلم انه يستثنى من هذا ما لو كان المفقود مرتدا لما فى الظهيرية على ما نقله الحموى عن البرجندى من انه اذا مات مورث المرتد المفقود يقسم ميراثه ولم يوقف للمفقود شئ لانه محروم عن الميراث واسلامه بعد الردة موهوم الخ (قوله لم يعط شيئا) كذا فى أكثر النسخ وهو ظاهر وفى بعضها بالرفع ووجهه انه حذف المفعول الاول وهو الوارث واقام الثانى وهو شئ مقام الفاعل واصل الكلام لم يعط القاضى الوارث شيئا حموى (قوله ويوقف الباقى) ولا ينتزع ممن هو فى يده ولو اجنبيا (قوله بيانه الخ) لم يمثل الشارح لما اذا انتقص نصيب الورثة على تقدير حياة المفقود وقد مثل له الشراح بما اذا تركت زوجا وأما واختا لابوين وأخا كذلك مفقودا كان للام السدس بتقدير الحياة والربع بتقدير الموت وللزوج النصف بتقدير الحياة وبتقدير الوفاة الربع والثمن وكذا للاخت بتقدير الوفاة ولها التسع بتقدير الحياة فيعطى لكل منهم الاقل ويوقف الباقى (قوله يحجبه بالمفقود) حيث تصادقوا على الفقد فان لم يتصادقوا بل قال من فى يده المال انه مات كان للبنتين الثلثان ويبقى الثلث الباقى فى يد من كان المال فى يده فان برهن اولاد الابن على الموت كان لهم الثلث نهر (فرع) ليس للقاضى تزويج أمة الغائب والمجنون وعبدهما وله ان يكاتبهما ويبيعهما در (تتمة)

(وحكم) القاضى (بموته بعد تسعين سنة) من يوم ولد وعليه الفتوى وفى ظاهر الرواية يقدر بموت اقرانه فان لم يبق أحد من أقرانه حيا حكم بموته وروى الحسن عن أبى حنيفة بعد مائة وعشرين سنة وفى المروى عن أبى يوسف بمائة سنة (و) اذا حكم بموته (تعتد امرأته) عدة الوفاة من وقت الحكم بموته (وورث) ماله (منه حينئذ لا قبله) أى قسم ماله بين ورثته الموجودين فى وقت الحكم كانه مات فى ذلك الوقت ومن مات قبله لا يرث منه (ولا يرث) المفقود (من أحد) مات فى حال فقده يعنى لا يصير نصيب المفقود من الميراث ملكا له ولكن يوقف نصيبه من ارث من مات حال غيبته فان ظهر حيا علم انه كان وارثا يوم مات مورثه فالموقوف له وان لم يظهر حتى حكم بموته فالموقوف يرد على ورثة صاحب المال (فلو كان) أى مع المفقود وارث يحجب به) أى بالمفقود حجب الحرمان (لم يعط شيئا) أى حق الوارث فان انتقص حقه به (يعط أقل) الذى يحجب بالمفقود (النصيبين ويوقف الباقى كالحمل) بيانه رجل مات عن بنتين وابن مفقود وابن ابن يعطى البنتان النصف ويوقف النصف الآخر ولا يعطى ولد الابن لحجبه بالمفقود ونظيره الحمل فانه يوقف له نصيب ابن واحد باختيار الفتوى ولو كان معه وارث آخر لا يسقط بحال ولا يتغير بحمل يعطى كل نصيبه وان كان ممن يسقط بالحمل لم يعط شيئا وان كان ممن يتغير به يعط أقل النصيبين كما فى المفقود

المفقود اذا عاد حكمه حكم المرتد اذا عاد الى الاسلام ان وجد شيئا فى يد الورثة اخذه والا فلا شيخ شاهين وترد اليه الزوجة لانه ظهر فساد نكاحها وهذا ما لا خلاف فيه واختلفوا فى الاولاد والصحيح انهم للثانى

(كتاب الشركة)

بكسر الشين واسكان الراء فى المعروف ولك فتحها مع كسر الراء وسكونها ومنه وسلم فيهما من شرك والجمع اشراك وشركاء نهر والضمير فى وما لهم للآلهة الباطلة وقوله فيهما أى فى السموات والارض كذا بخط شيخنا ثم الشركة ثابتة بالكتاب وهو قوله تعالى فهم شركاء فى الثلث وبقوله عليه السلام قال الله انا ثالث الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه فاذا خانا خرجت من بينهما وبالاجماع فان الائمة رضى الله تعالى عنهم اجمعوا على جوازها وبالمعقول فانها طريق لابتغاء الفضل وهو مشروع بقوله تعالى ابتغوا بأموالكم حموى عن البناية وروى ان السائب قال للنبى عليه السلام كنت شريكى فى الجاهلية فكنت خير شريك لا تداربنى ولا تماربنى وقوله لا تداربنى اى لا تدافع عن الحق وقوله ولا تماربنى اى لا تجادلنى شيخنا عن الاختيار ومداراة الناس يهمز ولا يهمز وهى المداجاة والملاينة صحاح وقال قبله والمداجاة المداراة يقال داجيته اذا داريته كأنك ساترته العداوة وقال بعده وماريت الرجل اماريه مراء اذا جادلته (قوله من حيث ان كلا منهما سبب للخلط) يعنى من حيث ان قريب المفقود لو مات كان فيه اختلاط مال المفقود الحاصل من الارث بمال غيره من الوارث على تقدير الحياة حموى عن النهاية وذكرها بعد المفقود لمناسبة خاصة هى انها قد تتحقق فى ماله كما لو مات مورثه وله وارث آخر نهر ولان للمفقود مناسبة خاصة بالاباق من حيث شمول عرضية التوى فيهما وقول العلامة الحموى وقدم المفقود لان له مناسبة خاصة الخ لو أبدله بقوله وذكر المفقود عقب الاباق الخ لكان اولى (قوله وهى عبارة عن اختلاط النصيبين الخ) هذا معناها لغة وقوله ثم يطلق هذا الاسم على العقد هو تفسيرها شرعا فالمعنى الشرعى اخص من اللغوى اذ لا يشترط لغة لاختلاط النصيبين فصاعدا عقد شيخنا وقوله عن اختلاط النصيبين فيه تسامح اذ الاختلاط للمال والشركة التى هى مصدر انما هى الخلط نهر ولهذا قال الحموى الاولى ابدال الاختلاط بالخلط الخ ومعنى فيه تسامح أى تساهل بحر وبهذا عرف ان ركنها فى العقد اللفظ المفيد له وفى العينى الاختلاط وشرط جوازها كون الواحد قابلا للشركة وحكمها صيرورة المجتمع من النصيبين مشتركا وفى شركة العقد صيرورة المعقود عليه أو ما يستفاد به مشتركا بينهما واشار فى النهر بقوله أو ما يستفاد به الى الجواب عما عساه ان يقال شركة العقد تشمل شركة الوجوه مع ان المعقود عليه لا وجود له عند الشركة (قوله اذا العقد سبب له) هذا هو القرينة على ان المراد من قوله ثم يطلق هذا الاسم على العقد اى العقد مجاز الكونه سببا له ثم صارت حقيقة عرفية در والاضافة فى قولنا شركة العقد بيانية نهر (قوله شركة الملك الخ) اعلم ان المهايأة فى المنافع المشتركة عقد جائز استحسانا لانه قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبهت القسمة ولذا يجرى فيها جبر القاضى كما يجرى فى القسمة الا ان القسمة اقوى منها فى استكمال المنفعة لانها جمع المنافع فى زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ثم المهايأة ليست اجارة ولا عارية لانها لا تبطل بالموت وهما يبطلان به ويجوز لاحد الشريكين نقضها اذا التمس القسمة وليس لنا عقد لازم يجوز فسخه بالتماس عقد آخر الا المهايأة فان احدهما اذا طلب القسمة قسم الحاكم بينهما وفسخ المهايأة لان القسمة هى الاصل بدلالة ان احدهما لو طلب القسمة فى الابتداء وطلب الآخر المهايأة لم يهايأ بينهما وقال الشافعى المهايأة عقد فاسد ولنا قوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهذه مهايأة فى الشرب ثم المهايأة على ثلاثة اوجه احدها مهايأة فى شئ يستحق بالقسمة ولا يختلف باختلاف المستعمل وهى صحيحة كدار بين رجلين تهايآ على ان يسكن كل واحد بعضا

(كتاب الشركة) (قوله من حيث ان كلا منهما سبب للخلط) وهى عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعدا بحيث لا يفرق احد النصيبين من الآخر ثم يطلق هذا الاسم على العقد أى عقد الشركة وان لم يوجد اختلاط النصيبين اذ العقد سبب له وهى ضربان شركة الملك وشركة العقد (شركة الملك

منها لان قسمة الاصل تجوز على هذا الوجه والمنفعة غير مختلفة فجازت المهايأة سواء ذكر للمهايأة مدة اولم يذكر لانها عقد قسمة فلا تفتقر الى التوقيت ولكل منهما ان يستغل ما أصابه بالمهايأة لان المهايأة قسمة المنافع فقد ملك كل منهما ما أصابه من المنافع فجاز ان يستغلها ويأخذ العوض سواء اشترط ذلك فى عقد المهايأة ام لا على الظاهر وقيل لا يجوز الاستغلال الا بالشرط فان تهايآ على ان يأخذ احدهما العلو والآخر السفل جاز لان قسمة الاصل تجوز على هذا الوجه ولو تهايآ فى بيت صغير على ان يقدم احدهما فى الانتفاع جاز وهذه المهايأة فى معنى العارية لان قسمة الاصل على هذا الوجه لا تجوز لانه تمليك موقت فكذا قسمة المنافع فيحمل على ان كل واحد منهما أباح لصاحبه الانتفاع فى تلك المدة ولهذا قالوا لو شرطا الاستغلال لم يجز كما لا يجوز للمستعير الاجارة فاذا استغل كل منهما باذن شريكه فكأنه وكله بالاجارة فان استويا فى الاستغلال كان ذلك قصاصا وان استغل احدهما اكثر رد نصف الفضل ولا كذلك الدار فاذا استغل احدهما اكثر سلمت له الزيادة لانه ملك المنفعة ولا يلزمه رد شئ الوجه الثانى مهايأة فى منافع شئ لا يستحق بقسمة الاصل الا انها غير مختلفة كالعبدين على ان يخدم احدهما أحد المولين والآخر المولى الآخر وهذا ظاهر على قولهما بجواز قسمة الرقيق والامام وان لم يقل به الا انه قال فى المنافع يجوز لانها جنس واحد غير مختلف فصار كمنفعة الدارين الوجه الثالث مهايأة فى منافع مختلفة كالدابتين اذا تهايآ فى ركوبهما فأخذ احدهما دابة ليركبها والآخر الاخرى ليركبها لا يصح لاختلاف منفعة الدواب فان شرط فيها الاستغلال فعند أبى حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز وهو ظاهر لان قسمة الاصل تجوز على هذا الوجه فكذا المنفعة وقياس قول الامام بجواز المهايأة فى العبدين مع انه لا يقول بجواز قسمتهما أن يكون جواز المهايأة عنده فى الدابتين اولى اذ لا خلاف له فى جواز قسمتهما الا انه قال منافع الدواب مختلفة بدلالة ان من استأجر دابة ليركبها لم يجز له أن يؤجرها فاذا اختلفت المنفعة لم تصح المهايأة ولا كذلك منفعة العبدين والدارين لانها غير مختلفة بدلالة ان من استأجر عبدا يخدمه أو دارا يسكنها جاز له ان يؤجرهما وعلى هذا الخلاف اذا تهايآ فى دابة واحدة فعند ابى حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز بخلاف العبد الواحد لان الاستعمال يتفاوت بحذق الراكب والخدمة لا تتفاوت لان العبد يخدم باختياره فلا يتحمل مالا يطيقه ولا كذلك الدابة فان تهايآ على ان نفقة كل عبد على من يأخذه جاز استحسانا بخلاف الكسوة لان التفاوت فى الطعام لا يعتد به فى العادة لقلته فسومح فيه وفى القياس يكون الطعام عليهما بحالته وفى الكسوة يكثر التفاوت فلا يسامح فيها عادة فبقيت على القياس (تتمة) تهايآ فى نخل او شجر على أن يأخذ كل واحد جانبا ليستثمره او كان المشترك غنما فتهايآ على ان ينتفع كل بلبن جانب منها لم يجز لان المهايأة تختص بالمنافع ضرورة انها لا تبقى فتتعذر قسمتها وهذه اعيان يرد عليها القسمة عند حصولها ولان ما يحصل من الاولاد والالبان يتفاوت والاعيان لا تجوز قسمتها الا بالتعديل وهذا خلاصة ما أطال به فى السراج الوهاج وقد عقد للمهايأة كتابا مستقلا قبيل كتاب الاكراه وقد استفيد من كلامه ان احد الشريكين اذا طلب المهايأة يقضى بها جبرا ولا يتوقف على رضا الثانى ما لم يطلب القسمة وكان مما يقسم واذا عرف هذا فى الملك المشترك ففى الوقف بالاولى لعدم جواز القسمة فيه فلا فرق فى المشترك بين الملك والوقف من هذه الحيثية وان فرق بينهما من جهة نقض المهايأة فى الملك عند طلب القسمة لا فى الوقف وكذا يفرق بينهما من جهة اجر المثل فيما اذا اسكنه احدهما بدون اذن الآخر ولم يبق له ما يمكنه السكنى فيه وسيأتى بيانه فى كتاب الوقف (قوله ان يملك اثنان) معا أو متعاقبا كما لو اشترى شيأ ثم اشترك فيه آخر حموى عن المنية (قوله عينا الخ) التقييد بالعين يخرج الدين مع ان بعضهم عده من شركة الملك وقيل مجاز لان الدين وصف شرعى لا يملك والحق انه يملك حتى لو دفع من عليه الدين الى أحدهما كان للآخر الرجوع عليه بنصف ما أخذ وليس له ان يقول هذا الذى أخذته حصتى وما بقى على المدين حصتك ولا يصح من المدين أيضا أن يعطيه شيئا على انه قضاء وأخر الآخر

والحيلة

ان يملك اثنان) مثلا (عينا

والحيلة فى اختصاص أحدهما بما أخذه ان يهبه المدين مقدار حصته ويهبه رب الدين حصته نهر (قوله ارثا أو شراء) جمع بينهما لان الملك اما ان يكون جبريا واختياريا فمثل بالارث للجبرى ومنه ما لو اختلط مالهما من غير صنع من أحدهما وبالشراء للاختيارى ومنه ما لو اتهبا عينا واستوليا على حربى ملك ماله بالاستيلاء أو خلطا مالهما بحيث لا يتميز كالحنطة بالحنطة أو يتعسر كالحنطة بالشعير نهر واحترز بقوله ملك ماله بالاستيلاء عما لو دخل دارنا بأمان او دخلنا دارهم كذلك حيث لا يملك ماله بالاستيلاء حينئذ (قوله أجنبى فى قسط صاحبه) لعدم تضمنها وكالة وفى بعض النسخ فى قسط غيره قيل والاول أولى والقسط هو الحصة والنصيب نهر ووجه الاولوية ان قسط غيره يعم ما اذا لم يكن لغيره شركة معه بخلاف التعبير بالصاحب فانه نص على انه شريكه شيخنا وان باع نصيبه من شريكه جاز كيفما كان وكذا اذا باعه من غيره الا فى الخلط والاختلاط فانه لا يجوز ان يبيعه من أجنبى الا برضا صاحبه زيلعى وأما الانتفاع ففى البيت والخادم والارض فله الانتفاع بالكل ان كانت الارض ينفعها الزرع والا لا بخلاف الدابة در ووجهه ان ركوب الدابة يتفاوت وفى البيت له ان يسكن كله فى غيبة شريكه ولا يلزمه أجر حصة شريكه ولو كانت معدة للاستغلال بحر والحاصل انه لا أجر عليه بسكناه فى الدار المشتركة ولو سكنها بالغلبة بغير اذن شريكه فى الملك المشترك بخلافه فى الوقف المشترك تنوير وشرحه من كتاب الوقف ومن كتاب الغصب (قوله حتى لا يجوز له التصرف فيه الا باذن صاحبه) هذا ليس على اطلاقه ففى الفتاوى الظهيرية قال محمد لو أخذ الشريك حصته من الثمرة فأكلها وباع نصيب الغائب وحفظ ثمنه جاز فان حضر وأجاز والا ضمنه قيمته وان لم يحضر فهو كاللقطة قال الفقيه أبو الليث هذا الاستحسان وبه نأخذ حموى عن البرجندى (قوله وشركة العقد الخ) جعلها المصنف تبعا لصاحب الهداية مفاوضة وعنانا وتقبلا ووجوها قال الاتقانى وفيه نظر لانه يوهم ان شركة الصنائع والوجوه مغايرتان للمفاوضة والعنان والاولى فى التقسيم ما ذكره الطحاوى والكرخى وعليه جرى الزيلعى من انها على ثلاثة أوجه بالمال والاعمال والوجوه وكل منها يكون مفاوضة وعنانا نهر (قوله مفاوضة) من التفويض بمعنى المساواة فى كل شئ در ومن ثم سمى هذا العقد بها لاشتراط المساواة فيه من جميع الوجوه كما سيأتى وظاهر كلام المصنف انه لا يشترط التنصيص على المفاوضة فان صرحا بها ثبتت أحكامها اقامة للفظ مقام المعنى لانه صار علما على تمام المساواة فى أمر الشركة وان لم يذكراها فلا بد من ذكر تمام معناها بأن يقول أحدهما للآخر وهما حران بالغان مسلمان أو ذميان شاركتك فى جميع ما أملك من نقد على وجه التفويض العام من كل منا للآخر فى التجارات والنقد والنسيئة على ان يكون كل منا ضامنا عن الآخر ما يلزمه من أمر كل بيع وقدمنا انها تصح خاصة أيضا بحر (قوله ان تضمنت وكالة وكفالة) أما الاول فلتحقق الشركة على ما بينا وأما الثانى فلتحقق المساواة لانها تقتضيها يقال فاوض أى ساوى فلا بد من تحققها ابتداء وانتهاء ومن ثم قال وتساويا انتهى حموى عن قراحصارى قال الزيلعى وقوله ان تضمنت وكالة ليس فيه فائدة تمتاز به عن غيرها من أنواع الشركة وفى البحر انه زائد لان هذا لا يخصها قال فى النهر وأنت خبير بانه لا بدع فى ذكر شرط لشئ وان كان شرطا لآخر قال السيد الحموى قلت لا خفاء ان ذكر الشئ العام الذى لا يحصل به تميز فى مقام التمييز مما لا داعى له خصوصا فى مقام التقسيم والمقابلة على انهم كثيرا ما يعترضون بذكر الشروط العامة فقوله لا بدع فيه مما يعجب منه فتأمل انتهى وقوله ان تضمنت أى اشتملت (قوله ولواحقها) كالاستئجار للقتل والحمل والقصارة والصبغ (قوله وتساويا مالا) وكذا ربحا در والمراد بالمال ما يصح فيه الشركة ولا يضر زيادة ما لا تصح فيه الشركة على ما نبينه نهر وانما كان التساوى شرطا فى المفاوضة لانها تنبئ عن المساواة وهى مشتقة منها قال الشاعر

لا تصلح الناس فوضى لا سراة لهم * ولا سراة اذا جهالهم سادوا

ومعنى البيت لا تصلح أمور الناس حال كونهم متساوين اذا لم يكن لهم أمراء وسادات فانهم اذا كانوا متساوين

ارثا وشراء) أونحوه (وكل) واحد
من الشريكين (أجنبى فى قسط
صاحبه) حتى لا يجوز له التصرف فيه
الا باذن صاحبه (وشركة العقد ان
يقول أحدهما شاركتك فى كذ
ويقبل الآخر) بان يقول قبلت
(وهى مفاوضة ان تضمنت وكالة) بأن
يكون كل واحد من الشريكين وكيلا
فى أعمال التجارة وتوابعها عن الآخر
(وكفالة) بان يكون كل واحد من
الشريكين كفيلا الا ضمان التجارة
ولواحقها عن الآخر فصار كل واحد
من الشريكين مطالبا بسبب تجارة
الآخر (وتساويا مالا وتصرفا

تحقق المنازعة بينهم والسراة جمع السرى وهو جمع عزيز لا يعرف غيره وقيل هو اسم جمع للسرى ومعناه السيد أى الشريف والمحفوظ في السراة فتح السين نهر وقوم فوضى بوزن سكرى أى لا رئيس لهم مختار الصحاح (قوله ودينا) مقتضاه صحة المفاوضة بين كتابى ومجوسى لان الكفر كله ملة واحدة حموى عن البرجندى بالعزو الى القهستانى فان قلت لا مساواة بينهما فى التصرف فان المجوسى يتصرف فى الموقوذة لانه يعتقد المالية والكتابى لا يتصرف وكذا الكتابى يؤاجر نفسه للذبح والمجوسى لا يؤاجر نفسه للذبح قلت من جعل الموقوذة مالا لا يفصل فيه بين الكتابى والمجوسى واجارة المجوسى للذبح صحيحة تستوجب الاجر وان كان لا تحل ذبيحته حموى عن البناية (قوله فلا تصح المفاوضة الخ) وكل موضع لا تصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك فى العنان تكون عنانا لاستجماع شرائطه تنوير (قوله بين حر وعبد الخ) لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة ولا يملك المملوك شيئا منهما الا باذن المولى كما ان الصبى لا يملك التصرف الا باذنه وأما الكفالة فلا يملكها ولو أذنه واذا لم تصح بين من ذكر فعدم صحتها بين عبدين ولو مكاتبين وصبيين ولو بالاذن بالاولى وغير خاف ان العبدين وان كانا أهلا للكفالة بالاذن الا انهما يتفاضلان لتفاوتهما قيمة فلم يتحقق كون كل منهما كفيلا بجميع ما لزم صاحبه نهر والضمير فى باذنه من قوله كما ان الصبى لا يملك التصرف الا باذنه يرجع للولى ولو ذكره مكان الضمير لكان أولى لعدم تقدم ذكره ويجوز ان يراد بالمولى من له الولاية فيصدق بالولى (قوله وصبى وبالغ) ومثل الصبى المجنون والمعتوه حموى (قوله وعند ابى يوسف يجوز) لاستوائهما وكالة وكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما الا ترى انها تجوز بين الحنفى والشافعى مع تفاوتهما فى التصرف فى متروك التسمية عمدا ولهما انه لا تساوى فى التصرف فان الذمى لو اشترى برأس ماله خمرا أو خنزيرا صح بخلاف المسلم والمساواة بين الحنفى والشافعى ثابتة لان الدليل على كونه ليس مالا متقوما قائم وولاية الالزام بالمحاجة ثابتة باتحاد الملة والاعتقاد ولا خلاف فى جوازها بينهما عندنا كما فى السراج واما بين المسلم والمرتد فلا يجوز فى قولهم نهر فان قلت المسلم يملك شراء الخمر والخنزير بالتوكيل قلت الذمى يملكه بنفسه والمسلم لا يملكه بنفسه فانعدم التساوى حموى عن البناية (قوله ويكره) لان الكافر لا يهتدى الى الجائز من العقود زيلعى (قوله لا تنعقد الا بلفظ المفاوضة) فيه نظر ففى التنوير وشرحه عن السراج ولا تصح الا بلفظ المفاوضة وان لم يعرفا معناها أو بيان جميع مقتضياتها ان لم يذكر لفظها اذ العبرة للمعنى انتهى (قوله والقياس ان لا تجوز شركة المفاوضة) لانها تضمنت الوكالة بمجهول والكفالة لمجهول وكل ذلك فاسد بانفراده فبالاولى عند الاجتماع وجه الاستحسان انه تعامل الناس بها وبمثله يترك القياس كما فى الاستصناع على ان الجهالة لا تفسد الوكالة والكفالة الا اذا كان كل منهما قصديا وهو هنا ضمنى أو نقول محل الفساد بالجهالة ما اذا كانت مفضية الى المنازعة (قوله لا أدرى ما المفاوضة) هو كناية عن فسادها كذا قيل وفيه نظر اذ مؤدى هذه العبارة التوقف وحكى عن أصحاب مالك انها تجوز بلا شرط التساوى فى المالين (قوله الا طعام أهله الخ) واستئجاره بيتا للسكنى او دابة للركوب أو امة يطؤها نهر وليس كونها للوطء قيدا بل كذلك لو كانت للخدمة حموى عن البناية ولم يقيد كون الشراء باذن الشريك وهو محمول على ما اذا كان الشراء باذن شريكه يدل عليه ما ذكره المصنف آخر كتاب الشركة وان أذن أحدهما بشراء امة ليطأها ففعل فهى له قال الشارح وانما قال اذن لانه لو اشترى شيئا بغير اذن شريكه يكون مشتركا بينهما ومن هنا تعلم ان الاذن فى عبارة صاحب البحر حيث قال أراد بالمستثنى ما كان من حوائجه فشمل شراء بيت للسكنى أو دابة للركوب او جارية للوطء باذن الشريك يتعلق بالكل لا بخصوص امة الوطء خلافا لما يتوهم من كلام بعضهم وسبب الايهام انه تصرف فى عبارة البحر بالتقديم والتأخير وكان المناسب ابقاء القيد مؤخرا عن المسائل ليكون قيدا فى كلها وهذا بخلاف ما يشتريه من الطعام والادام والكسوة له أو لاهله حيث لا يتوقف خروجها عن الشركة على كون الشراء باذن الشريك لان هذه الاشياء مستثناة عن المفاوضة للضرورة فان

ودينا فلا (تصح) المفاوضة (بين حر وعبد وصبى وبالغ و) بين (مسلم وكافر) ويكره عندهما وعند أبى يوسف يجوز ويكره واعلم ان هذه الشركة لا تنعقد الا بلفظ المفاوضة والقياس ان لا تجوز شركة المفاوضة وهو قول الشافعى وقال مالك لا أدرى ما المفاوضة (وما يشتريه كل) واحد من الشريكين (يقع مشتركا) بينهما (الا طعام أهله وكسوته) وكسوته والادام

الحاجة

الحاجة الراتبة معلومة الوقوع (تكميل) نقل شيخنا عن الزيلعى فى المضاربة معزيا للنهاية مانصه الشريك اذا سافر بمال الشركة فنفقته فى ذلك المال روى ذلك عن محمد وذكر فى الكافى بعدما ذكر وجوب النفقة للمضارب فى المال فقال بخلاف الشريك لانه لم يجر التعارف ان الشريك العامل ينفق على نفسه من مال الشريك الآخر انتهى ثم اعلم ان وجوب نفقة المضارب مقيد بما اذا سافر بمال المضاربة فقط ولو سافر بماله ومال المضاربة أو خلطه باذن رب المال أو سافر بمال لرجلين أنفق بالحصة شرنبلالية عن شرح المجمع (قوله فانه فيها لا يشتركان استحسانا) ولا يتوهم من اختصاصه بذلك ان الثانى لا يكون كفيلا بالثمن بل يكون به كفيلا ويرجع بما أدى على المشترى نهر وبحر أى يرجع بحصته زيلعى (قوله لزم أحدهما بتجارة) كثمن المبيع فى البيع الجائز أو قيمته فى الفاسد واجرة ما استأجره ولو لنفسه ومهر المشتراة الموطوءة اذا استحقت وما لزمه بالاستقراض فى ظاهر الرواية لا فرق فى لزومه بين ان يكون بالبينة أو بالاقرار الا اذا أقر لمن لا تقبل شهادته له كاصوله وفروعه وزوجته ولو فى عدة البائن فانه ينفذ عليه خاصة عنده وقالا يلزم شريكه أيضا الا العبده ومكاتبه نهر (قوله والاجارة) فاذا استأجر أحدهما يلزم الآخر صاحبه لما ذكرنا أى من انه كفيله ولان المساواة به تتحقق ولا يلزم ارش الجناية والمهر والخلع والصلح عن دم العمد ونفقة الزوجات والاقارب لان هذه الديون بدل عما لا يصح الاشتراك فيه فلا تلزم الا المباشر لان كل واحد منهم لم يلتزم بالعقد عن صاحبه الا ديون التجارة زيلعى حتى لو ادعى رجل على أحد المتفاوضين جراحة خطأ لها ارش مقدر واستحلفه فحلف ثم أراد ان يستحلف شريكه ليس له ذلك ولا خصومة له مع شريكه لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما لزمه بسبب التجارة فاما ما يلزمه بسبب الجناية فلا يكون الآخر كفيلا به الا ترى انه لو ثبت بالبينة أو بمعاينة السبب لم يكن على الشريك من موجبها شئ ولا خصومة للمجنى عليه معه وقوله والخلع يعنى اذا خلعت مع زوجها فالزمها من بدل الخلع لا يلزم شريكها وكذا لو أقرت ببدل الخلع عناية (قوله وغصب) أراد به ما يشبه التجارة فدخل ضمان الاستهلاك كالمستهلك من الوديعة وغيرها (قوله ولابى يوسف فى الغصب) هو يقول انه ليس من التجارة فصار كارش الجناية وهما يقولان انه معاوضة ولهذا يصح الاقرار به من المأذون والمكاتب زيلعى (قوله وتبطل ان وهب لاحدهما الخ) لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال اذ المساواة فيها شرط ابتداء وبقاء وقد فاتت اذ لا يشاركه الآخر فيه (قوله وقبض) لو ذكر الشارح القبض بعد الارث لكان أولى لانه شرط فى الموهوب والموروث كما فى الزيلعى لكن ظاهر كلام الزيلعى يقتضى ان القبض ليس بشرط فى كل ما يورث من النقدين بل اذا كان ما ورثه من النقدين دينا يدل على ذلك قوله ولو ورث أحدهما دينا هو دراهم أو دنانير لا تبطل حتى يقبض لان الدين لا تصح الشركة فيه الخ فيحمل ما اقتضاه كلام الشارح من عدم اشتراط القبض فى الموروث من النقدين على ما اذا كان عينا لا دينا وكذا ما ذكره فى الشرنبلالية من ان القبض ليس بشرط فى الموروث معللا بأن الملك يحصل بمجرد موت المورث يحمل على ما اذا كان عينا الا دينا (قوله ما تصح فيه الشركة) تنازعه كل من وهب وورث حموى عن قراحصارى ولو أبدل قوله ان وهب لاحدهما أو ورث بقوله ان ملك لكان أخصر وافود ليشمل ما لو وصل اليه بصدقة أو وصية (قوله ونحوهما) هو التبر والفلس النافقان حموى (قوله ولا تصح مفاوضة وعنان) ذكر المال فيهما لما قدمناه من انهما يكونان تقبلا ووجوها وكل منهما يصح بلا مال نهر (قوله بغير النقدين) ولم يقيد المصنف المال بالحضرة ولا بد منه قال فى القنية عقد الشركة ورأس مال أحدهما غائب لا يصح ولو دفعه بعد الافتراق عن المجلس ليشترى الشريك بالمالين على ذلك العقد تنعقد الشركة بالدفع بحر فقوله فى القنية تنعقد الشركة بالدفع يقتضى انها فسدت بالافتراق قبل احضار رأس المال لكن ارتفع هذا الفساد باحضاره عند الشراء وعلى هذا يحمل كلام البزازى على ما نقل عنه فى البحر أيضا بأن يحمل ما نص عليه آخرا من انها تجوز وان لم يوجد رأس المال عند عقد الشركة أراد ان

فانه فيها لا يشتركان استحسانا (وكل دين لزم أحدهما بتجارة) كالبيع والشراء والاجارة (وغصب وكفالة) بالمال بالامر (لزم الآخر) خلافا لهما فى الكفالة ولابى يوسف فى الغصب أيضا ولو كفل بمال بغير أمر المكفول عنه لم يؤخذ به شريكه اتفاقا (وتبطل) شركة المفاوضة وتصير عنانا (ان وهب) (أو ورث لاحدهما) وقبل وقبض (ما تصح فيه الشركة) كالنقدين ونحوهما (لا العرض) أى لو وهب لاحدهما العرض أو ورثه لا تبطل (ولا تصح مفاوضة وعنان بغير النقدين)

مطلقا وقال مالك تجوز بالعروض اذا كان الجنس واحدا (و) بغير (التبر والفلوس النافقة) وهو ما كان غير مضروب من الذهب والفضة وجعل التبر في شركة الاصل والجامع الصغير بمنزلة العروض وهو ظاهر المذهب وعن أبي حنيفة وأبي يوسف لاتجوز بالفلس (ولو باع كل واحد من الشريكين الذين أرادا الشركة (نصف عرضه بنصف عرض الآخر) حتى صار مال كل واحد منهما مشتركا بينهما شركة ملك (وعقد الشركة صح) هذا اذا كانت قيمة كل واحد منهما مثل قيمة عرض صاحبه واعلم ان هذا حيلة جواز شركة المفاوضة والعنان بالعروض (وعنان ان تضمنت وكالة فقط) أي دون الكفالة

العقد انقلب الى الجواز باحضار رأس المال عند الشراء ليلائم مانص عليه أولا حيث قال لاتصح الشركة بمال غائب أو دين ولا بد من ان يكون المال حاضرا مفاوضة كانت أو عنانا والا يلزم التنافي بين كلاميه أولا وآخرا ومن هنا تعلم ان مافي النهر من عدم اشتراط احضار المال عند العقد بل عند الشراء استدلالا بما عزاه في البحر الى البزازى من انه اذا دفع لرجل ألفا وقال له أخرج مثلها واشتر بها وبع والحاصل بيننا انصافا فبرهن المأمور على انه فعل ذلك وأحضر المال وقت الشراء جاز وتبعه بعضهم كالسيد الحموى فيه نظر ظاهر لما علمت من ان المراد من قوله جاز أي عاد العقد الى الجواز بقرينة أول كلامه (قوله مطلقا) في مقابلة ماسيأتي عن الامام مالك من انها تجوز بالعروض اذا كان الجنس واحدا أشار الى هذا السيد الحموى حيث فسر الاطلاق بقوله أي سواء كان غير النقدين جنسا واحدا أو جنسين مختلفين (قوله وقال مالك تجوز بالعروض الخ) اعلم ان الضمير المستتر في تجوز يعود على الشركة لا بقيد كونها مفاوضة فلا ينافي ماسبق عنه من قوله لا أدرى ما المفاوضة كما توهمه السيد الحموى الى هذا أشار شيخنا ووجه مذهب مالك انها الشركة في رأس مال معلوم كالنقود ولنا انه يؤدى الى ربح مالم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح مالم يضمن ومالم يملك بخلاف النقدين لان مايشتريه أحدهما يدخل في ملكهما وثمنه في ذمته يرجع به على صاحبه بحسابه اذ لايتعين فكان ربح مايضمن واما المكيل والموزون والعددى المتقارب فلا تصح الشركة فيها قبل الخلط وان خلطاه بجنسه فكذلك عند أبي يوسف ويكون المخلوط بينهما شركة ملك هو ظاهر الرواية وعند محمد شركة عقد وثمرة الخلاف تظهر في استحقاق المشروط من الربح زيلعى وقوله كما اذا خلطاه بغير جنسه يفيد الاجماع على انها عند اختلاف الجنس لاتنعقد وبه صرح في النهر ومن هنا تعلم ان كلام الزيلعى وان استفيد منه ماذكرناه لكن لابطريق التصريح خلافا لمن عزا ذلك اليه (قوله بمنزلة العروض) فلا يصلح رأس مال الشركة والمضاربة زيلعى الا اذا جرى التعامل به فينزل منزلة الضرب وعليه يحمل مافي الكتاب نهر (قوله وهو ظاهر المذهب) احترز به عما ذكره في صرف الاصل حيث جعله كالاثمان زيلعى معللا بأن الذهب والفضة ثمن بأصل الخلقة ووجه الاول ان الثمنية تختص بضرب مخصوص لانه بعد الضرب لايصرف الى شئ آخر غالبا (قوله وعن أبي حنيفة وأبي يوسف لاتجوز بالفلس) كذا في أكثر النسخ وهو الظاهر خلافا لما في بعضها حموى (قوله بنصف عرض الآخر) وقع اتفاقا لانه لو باعه بالدراهم ثم عقد الشركة في العروض التي باعها جاز أيضا عينى (قوله وعقد الشركة صح) لانه بالبيع صار شركة ملك حتى لايجوز لواحد منهما ان يتصرف في نصيب الآخر ثم بالعقد بعد ذلك صار شركة عقد فيجوز لكل واحد منهما ان يتصرف في نصيب صاحبه وقوله وهذه حيلة لمن أراد الشركة في العروض لانه بذلك يصير نصف مال كل واحد منهما مضمونا على صاحبه بالثمن فيكون الربح الحاصل من المالين ربح مايضمن فيجوز بخلاف ما اذا لم يبيعا وقوله هذا اذا كانت قيمة كل واحد منهما الخ غير محتاج اليه لانه يجوز ان يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر وان تفاوتت قيمتهما حتى يصير المال بينهما نصفين وكذا العكس جائز وهو ما اذا كانت قيمتهما متساوية فباعاه على التفاوت بأن باع أحدهما ربع ماله بثلاثة أرباع مال الآخر حتى يكون المال كله بينهما أرباعا فقوله باع نصف ماله بنصف مال الآخر وقع اتفاقا أو قصدا ليكون شاملا للمفاوضة والعنان زيلعى (قوله وعنان) بوزن كتاب وقيل بفتح العين من عنان السماء أي سحابها لانها علت كالسحاب بصحتها وشهرتها ولهذا اتفقوا على صحتها وهي مأخوذة من عن كذا أي عرض أي ظهر له ان يشارك في البعض من ماله نهر (قوله أي دون الكفالة) لاختصاصها بالمفاوضة ومن ثم صحت بين بالغ وصبي أو معتوه يعقل البيع والشراء فلو ذكر الكفالة مع توفر باقي شروطها انعقدت مفاوضة وان لم تتوفر كانت عنانا ثم هل تبطل الكفالة يمكن ان يقال تبطل وان يقال لاتبطل لان المعتبر فيها عدم اعتبار الكفالة لا اعتبار عدمها اقال

(وتصح) شركة العنان (مع التساوي في المال دون الربح و) في (عكسه) أي مع تساويهما في الربح دون المال وقال زفر والشافعي لاتجوز فيهما (وببعض المال) أي يصح ان يعقد كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض بخلاف المفاوضة (و) تصح مع (خلاف الجنس) بان كان من جهة أحدهما دراهم ومن جهة الآخر دنانير (و) تصح مع (عدم الخلط) خلافا لزفر والشافعي فيهما (و) ما اشتراه كل واحد من شريكي العنان للشركة (طولب المشتري بالثمن فقط) أي دون الآخر (ورجع) المشتري اذا أدى الثمن من مال نفسه (على شريكه بحصته منه) أي من الثمن (وتبطل) شركة العنان (بهلاك المالين أو أحدهما قبل الشراء) وأيهما هلك هلك من مال صاحبه هذا اذا هلك قبل الخلط

في الفتح وقد رجح الاول لانها كفالة بمجهول فلا تصح الاضمنا فاذا لم تكن مما تضمنها الشركة لم يكن ثبوتها الا قصدا نهر وأقره الحموى وأقول في كلام الزيلعى مايشير الى انه لافرق في عدم الفساد بالجهالة بين مالو كانت الكفالة قصدية أو ضمنية لكون الجهالة هنا غير مفضية الى المنازعة وسبق منا الاشارة الى ذلك وعليه فلا يتجه ماذكره في الفتح (قوله وتصح مع التساوى في المال دون الربح وعكسه) وهو ان يتساويا في الربح دون المال ومعناه ان يشترطا الاكثر للعامل منهما أو لاكثرهما عملا وان شرطاه للقاعد أو لاقلهما عملا لايجوز عينى ثم اذا كان العمل على أحدهما وجعلا الربح بينهما بقدر رأس مالهما جاز ويكون مال الذى لاعمل له بضاعة عند العامل له ربحه وعليه وضيعته وان شرطا الربح للعامل أكثر من رأس ماله جاز أيضا على الشرط ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة ولو شرطا الربح للدافع أكثر من رأس ماله لايصح الشرط ويكون مال الدافع عند العامل بضاعة لكل واحد منهما ربح ماله والوضيعة بينهما على قدر رأس مالهما عناية ولو تفاوتا في المال وشرطا الربح والوضيعة نصفين قال محمد الشركة فاسدة وأراد فساد شرط الوضيعة واما العقد فلا يبطل لان الشركة والمضاربة مما لايبطل بالشروط الفاسدة وحينئذ يكون الربح على ماشرطا والوضيعة على قدر رأس المال كذا في شرح الشيخ عثمان النحراوى فتحصل ان شرط التفاضل في الربح يخص الشركة الصحيحة بخلاف الفاسدة حيث يتبع رأس المال واما شرط التفاضل في الوضيعة فغير صحيح مطلقا صحت الشركة أو فسدت اذ هو تبع للمال وبقى من الاقسام مالو شرطا كل الربح لاحدهما فانه لايجوز لانه حينئذ يخرج الى قرض ان شرط للعامل أو بضاعة ان شرط لرب المال نهر (قوله وتصح مع خلاف الجنس) تخصيص ذلك بشركة العنان يوهم عدم الجواز في المفاوضة لكن في الخزانة اذا كان لاحدهما دنانير أو بيض وللآخر دراهم أو سود جازت المفاوضة ان تساوت قيمتهما لانهما جنس واحد من حيث الثمنية وان تفاضلا في القيمة تصير عنانا حموى عن البرجندى (قوله خلافا لزفر والشافعى فيهما) لان الربح فرع المال ولا تتصور الشركة فيه الا بعد وقوع الشركة في الاصل ولا يتصور ذلك بلا خلط والجنسان لايختلطان ولنا ان الشركة عقد توكيل من الطرفين ليشترى كل منهما بثمن في ذمته على ان يكون المشترى بينهما وهذا لايفتقر الى الخلط والربح يستحق بالعقد كما يستحق بالمال وقيل هذه المسئلة مبنية على ان الدراهم والدنانير يتعينان عندهما كالعروض وعندنا لا عينى (قوله وما اشتراه كل واحد من شريكى العنان للشركة) اعلم ان مشترى كل منهما مشترك بينهما على قدر مالهما لكن ينبغى ان يعتبر في شرط الربح وقت عقد الشركة قيمة رأس مال كل منهما في ذلك الوقت وفي وقوع الملك في المشترى قيمة رأس مالهما وقت الشراء وفي ظهور الربح قيمته وقت القسمة حموى عن البرجندى عن القنية (قوله طولب المشترى بالثمن فقط الخ) اما توجه الطلب على المشترى فلانه العاقد واما عدم توجهه على الآخر فلانها لاتتضمن الكفالة عينى (قوله اذا أدى الثمن من مال نفسه) لانه وكيل من جهته في حصته هداية واحترز به عما لو نقد من مال الشركة فانه لايرجع وهذا القيد أهمله المصنف كالقدورى للعلم به من قوله يرجع لظهور انه لايكون الا اذا أداه من مال نفسه ولو ادعى بعد الهلاك انه اشتراه للشركة كان عليه البيان نهر (قوله وتبطل شركة العنان) لو أبقى الشارح كلام المصنف على اطلاقه متنا ولا للشركة مطلقا عنانا كانت أو مفاوضة بل أو ملكا كما هو ظاهر اطلاقه لكان أولى (قوله بهلاك المالين) أى مال الشريكين لانه هو المعقود عليه فيها فاذا هلك بطل كالبيع والهبة والوصية (قوله أو أحدهما) لان الشريك لم يرض الا بشركه في ماله فاذا هلك أحدهما فات ذلك ففات رضاه بشركته فيبطل العقد عينى (قوله قبل الشراء) قيد به لانه لو هلك احدهما بعد الشراء بالمال الآخر كان المشترى بينهما وقد كشف نقاب هذا المفهوم بقوله وان اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر فالمشترى بينهما نهر (قوله هلك من مال صاحبه) فان هلك في يده فظاهر وان هلك في يد الشريك فكذلك لانه أمانة عينى (قوله هذا اذا هلك قبل الخلط) لاحاجة اليه اذ هلاك أحدهما انما يتصور قبل

الخلط نهر (قوله فان هلك بعد الخلط يهلك على الشركة) لعدم التمييز والباقى على الشركة وان هلك الكل بطلت نهر (قوله وهلك مال الآخر) أى بعد الاشتراك كما فهم ذلك من قوله قريبا قبل الشراء وبهذا التقدير اندفع قول الشارح الآتى قريبا ولو قال فهلك الخ عينى وأقول ماذكره لا يدفع الاولوية التى ذكرها الشارح حموى (قوله فالمشترى بينهما) على ماشرطا لقيام الشركة وقت الشراء لان الهلاك لم يقع قبله لتبطل فلا يتغير بهلاك مال الآخر ثم هذه الشركة فى المشترى شركة عقد عند محمد فلكل منهما ان يتصرف فيه وقال الحسن بن زياد شركة ملك فلا يصح تصرف أحدهما الا فى نصيبه وظاهر كلام كثير ترجيح قول محمد نهر (قوله ولكن رجع المشترى بحصته من ثمنه على شريكه) لانه وكيل فى حصة شريكه وقد قضى الثمن من ماله فيرجع عليه بحسابه لعدم الرضا بدون ضمانه عينى ولو حذف الشارح لفظة لكن لكان أولى اذ لا وجه للاستدراك (قوله بالفاء ليدل على التعقيب) ليست شرطا وكان مراده ما يدل على الترتيب ليشمل ثم أيضا على ان هذه الاولوية ليست فى محلها بعد النظر فى قول المتن وبطل بهلاك المالين أو احدهما قبل الشراء عينى وفيه نظر بل الاولوية فى محلها لجواز ان يغفل عن قول المصنف السابق حموى وهذه القولة يستغنى عنها بالتى تقدمت (قوله فالمشترى مشترك بينهما) على ماشرطا لان عقد الشركة ان بطل بالهلاك فالوكالة المصرح بها باقية فكان المشترى مشتركا بينهما بحكم الوكالة المفردة ويرجع عليه بحصته من الثمن لما ذكرنا زيلعى (قوله فهو للمشترى خاصة) لان دخوله فى ملكه بحكم الوكالة التى فى ضمن الشركة وقد بطلت الشركة فيبطل مافى ضمنها بخلاف ما اذا صرحا بها لانها صارت مقصودة زيلعى (قوله وتفسد الشركة ان شرط الخ) لان هذا الشرط تنتفى به الشركة اذ عساه ان لا يخرج الا القدر المسمى نهر لا لانه شرط فاسد لعدم فسادها بالشروط الفاسدة فظاهره بطلان الشرط لا الشركة بحر ومصنف قلت صرح صدر الشريعة وابن الكمال بفساد الشركة ويكون الربح على قدر المال در وفى البحر عن الخانية تفاوتا فى المال فى شركة العنان وشرطا الربح والوضيعة نصفين فسدت قالوا لم يرد محمد بذلك فساد العقد وانما أراد به فساد الشرط لان الشركة لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا لو شرطا الوضيعة على المضارب كان فاسدا انتهى وسبق (قوله ولكل واحد من شريكى العنان والمفاوضة ان يبضع الخ) قيد بما ذكر للاحتراز عن الشركة فالشريك لا يشارك لان الشئ لا يتضمن مثله وكذا الوكيل ليس له التوكيل والمضارب ليس له ان يضارب لما سبق فان قلت ينتقض بالمكاتب والمأذون حيث كان للمكاتب ان يكاتب والمأذون ان يأذن قلت انما كان لهما ذلك لانه أطلق لهما فى الاكتساب وهذا من بابه الا ترى انه يجوز لهما بيعه وهذا دونه اذ لا يخرج عن ملكهما ولان المنع عن استتباع المثل فى حق الغير لا فى حق نفسه فالمكاتب والمأذون كل منهما يتصرف لنفسه بخلاف الوكيل والمضارب والشريك زيلعى وأقول أما كون المكاتب يتصرف لنفسه فظاهر لانه يتوصل الى حصول العتق وأما المأذون فالذى يظهر منعه بقى ان يقال ماسبق من قوله قيد بما ذكر أى بقوله ان يبضع وما عطف عليه وقوله للاحتراز عن الشركة أى شركة المفاوضة وقوله فالشريك لا يشارك أى ليس له ان يشارك مفاوضة بدون اذن شريكه كما سيأتى التصريح به بخلاف ما لو شارك احدهما آخر عنانا فانها تجوز عليهما ولا تتوقف على الاذن وسيأتى انها بدون الاذن تنعقد عنانا (قوله ان يبضع) لم يذكر الاعارة وفى البحر عن كافى الحاكم ليس له ان يعير فلو فعل فعطبت الدابة فالقياس ان يضمن وفى الاستحسان لا وكذا لو أعار ثوبا أو دارا أو خادما انتهى ويبيع بما عز وهان وبنقد ونسيئة در عن الخلاصة والبزازية وله ان يشترى بالنسيئة ان كان مال الشركة فى يده استحسانا نهر عن الفتح فان لم يبق فى يده شئ من جنس مال الشركة كان ما اشتراه نسيئة له خاصة لانه لا يملك الاستدانة على شريكه بخلاف المفاوضة شيخنا عن قاضيخان ويسافر بالمال سواء كان له حمل أولا هو الصحيح خلافا للاشباه وقيل ان له حمل يضمن والا لا ومؤنة السفر والكراء من راس المال ان لم يربح در عن الظهيرية والخلاصة وان أقال أحدهما بيع الآخر جازت وان باع احدهما متاعا ورد على الآخر فقبله جاز ولو بلا

فان هلك بعد الخلط يهلك على الشركة (وان اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر فالمشترى بينهما و) لكن (رجع) المشترى (بحصته من ثمنه على شريكه) ولو قال فهلك بالفاء ليدل على التعقيب لكان أولى لانه اذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر بماله ان صرحا بالوكالة فى عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما وان ذكرا مجرد الشركة ولم يصرحا بها فيه فهو للمشترى خاصة (وتفسد) الشركة (ان شرط لاحدهما) أو لغيرهما (دراهم مسماة من الربح ولكل) واحد (من شريكى العنان والمفاوضة ان يبضع ويستأجر) من يحفظ المال ويتصرف فيه

قضاء بحر وهو باطلاقه شامل لما اذا رد عليه بعيب أو لم يكن به عيب لانه يملك اقالة بيع الآخر كما سبق وكذا يملك الحط من الثمن ان كان به عيب وان بلا عيب جاز من حصته ولو أقر بعيب فى متاع باعه جاز عليهما بحر وهو باطلاقه شامل لما اذا كان المقر بالعيب غير البائع وللمفاوض كتابة العبد والاذن بالتجارة وتزويج الامة دون شريك العنان ولا يجوز لكل تزويج العبد ولا الاعتاق ولو على مال وقبول هدية المفاوض وأكل طعامه ولو كسى ثوبا أو وهبه لم يجز فى حصة شريكه وانما يجوز فى الفاكهة والخبز واللحم واشباهه بحر وقوله وقبول هدية المفاوض ينبغى تقييد الهدية بالمأكول ليلائم قوله ولو كسى ثوبا أو وهبه لم يجز وأما تقييده بالمفاوض فاتفاقى ولو أبدله بالشريك لكان أولى واذا قال له اعمل برأيك فله كل تجارة الا القرض والهبة وكذا كل ما كان اتلافا للمال أو تمليكا بغير عوض لان الشركة وضعت للاسترباح وتوابعه وما ليس كذلك لا ينتظمه عقدها تنوير وشرحه ولو شارك أحدهما آخر عنانا جاز عليهما لان شركة العنان ادون من المفاوضة وان شارك مفاوضة جاز باذن شريكه وبدون اذنه تنعقد عنانا بحر بتصرف وليس للشريك عنانا ان يرهن شيئا من مال الشركة بدين عليهما الا ان يكون هو العاقد فى موجب الدين أو باذن شريكه واقراره بالرهن والارتهان عند ولايته العقد صحيح نهر وفيه عن الفتح كل ما كان لاحدهما اذا نهاه عنه شريكه لم يكن له فعله ولهذا لو قال له اخرج لدمياط ولا تجاوزها فجاوزها فهلك المال ضمن حصة شريكه وفى الخلاصة أقر شريك العنان بجارية لم يجز فى حصة شريكه در واذا باع أحد شريكى العنان لم يكن للآخر قبض الثمن وكذا كل دين وليه أحدهما فليس للآخر قبضه وللمدين ان يمتنع من دفعه فان دفعه اليه برئ من حصة القابض فقط وليس لواحد منهما ان يخاصم فيما أدانه الآخر أو باعه والخصومة للذى باع أو عليه بخلاف المفاوض وليس للشريك عنانا والمضارب والمستبضع تحليف من حلفه الشريك ورب المال ثانيا شرنبلالية ولو استقرض أحد شريكى العنان مالا للتجارة لزمهما ولو اقر احد الشريكين انه استقرض من فلان الفا لزمه خاصة بحر عن الخانية وفى الشرنبلالية عن شرح المجمع لكل من شريكى العنان والمفاوضة ان يستقرض انتهى فتقييده فى البحر باحد شريكى العنان اتفاقى وصح بيع مفاوض ممن ترد شهادته له كابنه وابيه وينفذ على المفاوضة اجماعا بخلاف اقراره بدين حيث لا ينفذ على المفاوضة عنده تنوير وشرحه (قوله ويضارب) اطلق الجواب فى الكتاب وهو على التفصيل اذا أخذ مالا مضاربة ليتصرف فيما ليس من تجارتهما فالربح له خاصة لانه لم يدخل تحت عقد الشركة وكذلك اذا أخذ المال مضاربة بحضرة صاحبه ليتجر فيما هو من تجارتهما وأما اذا اخذ المال مضاربة ليتصرف فيما كان من تجارتهما أو مطلقا حال غيبة شريكه يكون الربح بينهما مشتركا نصفه لشريكه ونصفه بين المضارب ورب المال كذا فى المحيط فقوله فى الكتاب يضارب معناه يدفع المال مضاربة وأما اذا اخذه مضاربة ففيه التفصيل بحر (قوله ويوكل) ولو وكل احدهما رجلا فى بيع أو شراء واخرجه الآخر عن الوكالة صار خارجا عنها وان وكل البائع رجلا بتقاضى ثمن ما باع ليس للآخر ان يخرجه عن الوكالة بحر (قوله ويده فى المال امانة) فيقبل قوله بيمينه فى مقدار الربح والخسران والضياع والدفع لشريكه ولو ادعاه بعد موته بحر مستدلا بما فى وكالة الولوالجية كل من حكى امرا لا يملك استئنافه ان فيه ايجاب الضمان على الغير لا يصدق وان فيه نفى الضمان عن نفسه صدق انتهى وتفرع على كونه أمانة ماسئل عنه قارى الهداية طلب محاسبة شريكه فاجاب لا يلزمه شئ بالتفصيل ومثله المضارب والوصى والمتولى وينبنى على كون المال أمانة فى يد الشريك انه لا يضمن الا بالتعدى كما يضمن الشريك عنانا او مفاوضة بموته مجهلا نصيب صاحبه على المذهب كما فى وقف الخانية وسيجئ فى الوديعة خلافا للاشباه تنوير وشرحه (تتمة) أقر بمقدار ربح ثم ادعى الغلط فيه لا يقبل ذكره فى اقرار الاشباه (قوله وتقبل) وتسمى أيضا شركة الصنائع والابدان والاعمال وانما جاز هذا النوع من الشركة لان المقصود منها انما هو تحصيل الربح على الاشتراك وهو لا يقتصر على المال بل يكون بالعمل أيضا فاذا وكل

(ويضارب ويودع) وعن أبى حنيفة انه ليس له ان يضارب (ويوكل) من يتصرف فيه بيعا وشراء (ويده) أى يد كل واحد منهما (فى المال) يد (امانة و) شركة العقد (تقبل ان اشترك خياطان أو خياط وصباغ) أو نحوهما

كل منهما الآخر بقبول العمل كان كل واحد أصيلا فى نصف العمل المتقبل ووكيلا فى النصف الآخر فتتحقق الشركة فى الربح قال فى البحر وظاهره ان التقبل والوجوه غير المفاوضة والعنان وقد قدمنا خلافه وفى البزازية وشركة التقبل والوجوه قد تكون مفاوضة وعنانا فالعنان ما يكون فى تجارة خاصة والمفاوضة تكون فى كل التجارات انتهى والتحقيق ان ما مر من المفاوضة والعنان فيما اذا ذكر المال فيهما وأما اذا لم يذكر فيكونان وجوها وتقبلا نهر قال الحموى يتطرق صورة شركة تكون تقبلا ولا تكون مفاوضة ولا عنانا وعلى هذا فتكون النسبة بين التقبل والوجوه والعنان والمفاوضة العموم والخصوص المطلق لا التباين كما يقتضيه كلام المصنف (قوله على ان يتقبلا الاعمال) التى يمكن استحقاقها ومنه تعليم كتابة وقرآن وفقه على المفتى به بخلاف شركة دلالين ومغنين وشهود محاكم وقراء ووعاظ وسؤال لان التوكيل بالسؤال لا يصح درر عن القنية والاشباه وفى البحر عن البزازية لو اشتركا فى عمل حرام لم يصح انتهى وأما شركة الحمالين فصحيحة حموى عن البرجندى (قوله ويكون الكسب بينهما) ولو شرطا اكثر الربح لادناهما عملا فالاصح الجواز نهر ولذى فى البحر عن الفتح اذ كان احدهما احذق فاشترط الاكثر لادناهما الصحيح الجواز الخ ومنه يعلم ما فى كلام بعضهم (قوله وهو القياس) لان الشركة وقعت مطلقة عن ذكر الكفالة والاحكام المذكورة من موجباتها وجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية لوجوب العمل فى ذمة كل منهما ولهذا يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة فى ضمان العمل واقتضاء البدل كذا فى الهداية قال فى العناية وفيه مصادرة على المطلوب وفيما سوى هذين الامرين هى باقية على مقتضى العنان ولهذا لو أقر احدهما بدين من ثمن صابون ونحوه لم يصدق على صاحبه ويلزمه خاصة لان نفاذ الاقرار وجب التصريح بالمفاوضة ولم ينصا عليها نهاية (قوله ولا يشترط فى شركة الصنائع اتحاد العمل والمكان) ولهذا عدل المصنف الى قوله او خياط أو صباغ حيث لم يقل او خياط وصراف مثلا اذ قلما يسكن الخياط والصباغ فى دكان بخلافه مع الصراف ونحوه حموى عن البرجندى ومن صور هذه الشركة ان يجلس آخر على دكانه فيطرح عليه العمل بالنصف والقياس ان لا يجوز لان من احدهما العمل ومن الآخر الحانوت واستحسن جوازها لان التقبل من صاحب الحانوت عمل عينى (قوله وكسب أحدهما بينهما) يعنى اذا عمل أحدهما دون الآخر فالاجر بينهما على ما شرطا اما استحقاق العامل فظاهر وأما الآخر فلانه لزمه العمل بالتقبل فيكون ضامنا له فيستحقه بالضمان وهو لزوم العمل وسواء كان للذى لم يعمل عذر كمرض وسفر او امتنع عمدا بلا عذر ولو شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا جاز زيلعى ودرر (قوله ثم هذا النوع من الشركة قد يكون عنانا الخ) فيه تورك على المصنف حيث اقتضى تقسيمه ان شركة التقبل لا تكون عنانا ولا مفاوضة وقد تقدم (قوله وقد يكون مفاوضة عند استجماع شرائطها) فيه ايماء الى ان شركة الصنائع تصير مفاوضة بالتنصيص على شرائطها سواء صرحا بذكر المفاوضة أم لا خلافا لما يظهر من عبارة الدرر حيث اقتضى كلامه انه لا بد من ذكر ما تضمنه المفاوضة مع التلفظ بلفظها ولهذا تعقبه الشيخ حسن بان ذكر المفاوضة مع ذكر ما تضمنته ليس قيدا بل ذكر أحدهما وكذا اشتراط المناصفة فى الربح ليس قيدا أيضا اه فاستفيد منه ان الشرط أحد امرين اما التنصيص عليها بلفظها ان لم تذكر شرائطها واما التنصيص على شرائطها ان لم تذكر هى بلفظها فان قلت قول الشيخ حسن اشتراط المناصفة يعنى فى الربح ليس قيدا مشكل لانه حينئذ يفوت التساوى الذى هو شرط المفاوضة قلت ليس المراد من عدم اشتراط المناصفة فى الربح جواز التفاوت فيه بل المراد ان ذكر المفاوضة يغنى عن اشتراط التنصيف فيه لان التساوى فيه وفى غيره يثبت مقتضى المفاوضة وان لم يصرح باشتراطه بقى لو نص على المفاوضة وعلى التفاوت فى الربح هل تفسد المفاوضة وتنقلب عنانا ويكون الربح بينهما على التفاوت عملا باشتراطه او يفسد شرط التفاوت وتبقى المفاوضة على ما كانت ويتنصف الربح بينهما لم أره صريحا وكلام المصنف فى شركة الوجوه يشير الى الثانى وهو قوله فان شرطا مناصفة المشترى او مثالثته

فالربح

(على ان يتقبلا الاعمال) من الناس (او) اى (لا) يكون الكسب بينهما أجرا (او) الكسب فيجوز ... وهو القياس ولا اى اجرا للشافعى وبه اخذ العمل عندنا خلافا لزفر وجاز ... فى شركة الصنائع (وكل عمل ... وان كان ... زفر وما) حتى لو دفع ... احدهما ... ان يأخذ تقبله احدهما ... وكل واحد رجل الى احدهما ... والى ذلك العمل ... اجرة العمل ... وكسب منهما ان يطالب ... الاجرة ... برئ عن ادائه ... ثم هذا النوع ... احدهما دفع ... بينهما) ... وقد يكون من الشركة قد يكون عنانا ... مفاوضة عند استجماع شرائطها

فالربح كذلك وبطل شرط الفضل (قوله ووجوه) قال الولوالجى صورتها ان يشترك اثنان فى نوع خاص او الانواع كلها على ان يشتريا بالنسيئة ويبيعا على أن يكون الربح بينهما نصفين وشرط جوازها ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للشركة واشتراط الربح على قدر اشتراط الملك حتى لو تفاضلا فى ملك المشترى بان كان لاحدهما الثلث وللآخر الثلثان وتساويا فى الربح لا يجوز وفى شركة العنان اذا تفاضلا فى الربح مع التساوى فى المال يجوز والفرق ذكره الولوالجى حموى عن شرح ابن الشلبى وليس المراد من عدم الجواز فى كلام الولوالجى فساد الشركة بل المراد عدم جواز شرط التساوى فى الربح يدل عليه قول المصنف فان شرطا مناصفة المشترى الى قوله وبطل شرط الفضل (قوله على ان يشتريا) بوجوههما ويبيعا فما حصل بالبيع يدفعان منه ثمن ما اشترياه بالنسيئة وما بقى بينهما درر او يبيعا بطريق السلم ويشتركان فى رأس المال حموى (قوله خلافا للشافعى) له ان الربح فرع المال فلا تنعقد الشركة بدونه ولنا ان المقصود من الشركة تحصيل الربح بالوكالة وقد أمكن لان الشراء والبيع مما يقبل الوكالة فيكون كل واحد منهما وكيلا عن الآخر فيما يشتريه لانه لا ولاية له على صاحبه الا به (قوله وسميت شركة وجوه الخ) وتسمى أيضا شركة المفاليس وانما أضيفت للوجوه لانها تبتذل معها لعدم المال حموى (قوله لانه لا يشترى بالنسيئة الا من وله وجاهة عند الناس) فيه ايماء الى ما نقله الحموى عن البرجندى حيث قال ويحتمل ان تكون الوجوه بمعنى الاشراف ذكره الجوهرى فان هذا النوع من الشركة لا يتيسر الا لمن له نوع وجاهة وشرف عند الناس انتهى وقيل لانهما يشتريان من الوجه الذى لا يعرف وقيل لانهما اذا جلسا لتدبير أمرهما ينظر كل واحد منهما الى وجه صاحبه عينى (قوله وبطل شرط الفضل) لان الربح لا يستحق الا بالعمل كالمضارب أو بالمال كرب المال أو بالضمان كالاستاذ الذى يتقبل العمل من الناس ويلقيه على التلميذ بأقل مما أخذ فيطيب له الفضل بالضمان ولا يستحق بغيرها والضمان بقدر الملك فى المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن زيلعى (قوله ثم هذه الشركة تكون مفاوضة) لم يقل وعنانا لانه علم من قول المصنف وتتضمن الوكالة حموى (قوله اذا روعيت شرائطها) أو عقدت بلفظ المفاوضة وان لم تذكر شرائطها كما سبق واذا اطلقت بأن لم يذكر لفظ المفاوضة ولا شرائطها تكون عنانا بحر وقول العينى واذا نصا على المفاوضة وذكرا جميع ما تقتضيه المفاوضة واجتمعت فيها شرائطها صارت مفاوضة والا فعنان فيه نظر ظاهر لانه مع التنصيص على المفاوضة لا يشترط ذكر الشرائط كما قدمناه ولهذا قال فى النهر وتكون مفاوضة بأن يكونا من أهل الكفالة والمشترى بينهما نصفين وعلى كل منهما نصف ثمنه ويتساويان فى الربح ويتلفظان بلفظ المفاوضة أو يذكرا مقتضياتها الخ فقوله أو يذكرا مقتضياتها باو دون الواو صريح فيما ذكرناه ومنه يعلم ان الصواب فى عبارة العينى التعبير باو دون الواو

(فصل فى الشركة الفاسدة) يعنى وغير ذلك كما هو ظاهر وكان من حقه ان يترجم بمسائل شتى وانما قدم الشركة الصحيحة على الفاسدة لان الصحيح موجود شرعا والفاسد فائت الصحة ولا يكون موجودا شرعا من كل وجه فانحطت درجته حموى عن المفتاح (قوله ولا تصح شركة فى احتطاب) لان التوكيل اثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل ولا يمكن تحقيق هذا المعنى هنا لان الموكل لم يملكه فلا يملك اقامة غيره مقامه ولان المباح لمن أخذه فلا يمكن ايقاع الحكم فيه لغيره زيلعى (قوله واصطياد) وفى الاشباه الصيد مباح الا للتلهى أو حرفة كذا فى البزازية وعلى هذا فاتخاذه حرفة حرام كصيد السمك انتهى ووجهه بعضهم باتخاذ ازهاق الروح عادة لكن فى الدر أول كتاب الصيد التحقيق اباحة اتخاذه حرفة لانه نوع من الاكتساب وكل أنواع الكسب فى الاباحة سواء على المذهب الصحيح الخ (قوله والتكدى) هو السؤال وذكر العينى فى البناية ان لفظ التكدى عربى وفيه نظر حموى (قوله والكسب للعامل وحده) لفساد الشركة وقد انفرد بالكسب حتى لو أخذاه معا ثم خلطاه وباعاه كان الثمن بينهما ان علم ما لكل منهما بالكيل أو الوزن أو القيمة والا صدق كل منهما فى النصف ولا يصدق فيما زاد الا ببينة نهر (قوله أى على

(ووجوه) ان يشتركا بلا مال على ان (يشتريا بوجوههما ويبيعا) فهى شركة عندنا خلافا للشافعى ويجب بنسيئة لا من له وجوه لانه لا يشترى بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس (وتتضمن) عند الاطلاق (وكالة) وتكون عنانا (فان شرطا مناصفة المشترى أو مثالثته فالربح كذلك و) لكن (بطل شرط الفضل) أى شرط فضل ربح فيما ان يكون المشترى بينهما نصفين وربح اثلاثا ويكون الربح بينهما بقدر الملك ثم هذه الشركة تكون مفاوضة اذا روعيت شرائطها)* *(فصل فى الشركة الفاسدة)* (ولا تصح شركة فى احتطاب واصطياد واستقاء) واجتناء الثمار الجبلية والبرية (والتكدى) (والكسب) أى المكسوب (للعامل و) لكن (عليه) أى على العامل (أجر) مثل (ما للآخر)

العامل أجر مثل ماله الآخر) لانه استوفى منفعة غيره بعقد فاسد عينى (قوله أى ان أعانه) بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر أو قلعه وجمعه وحمله الآخر عزمى زاده فالاعانة هو الجمع فى الاول والتحميل فى الثانى (قوله وعند محمد أجر مثله بالغا ما بلغ) قيل وتقديمه فى الهداية قول محمد وكذا تقديمه فى المبسوط دليل أبى يوسف دليل على انهم اختاروا قول محمد نهر عن العناية فمفاده أن المؤخر فى المبسوط هو المختار عكس ما فى الهداية وذكر الحموى ما نصه فى المفتاح واختار المصنف قول محمد لانه المختار للفتوى انتهى وفيه ان كلام المصنف يحتمل الا ان احتماله قول محمد ظاهر انتهى ووجه الظهور انه أطلق أجر المثل ولم يقيده بعدم المجاوزة ثم اعلم ان هذا الخلاف فى كل اجارة فسدت لكن محله ما اذا كان المسمى معلوما من وجه دون وجه كالنصف والثمن اما اذا كان معلوما من كل الوجوه فانه لا يزاد على المسمى أو مجهولا كما اذا جعل الاجر دابة أو ثوبا وجب الاجر بالغا ما بلغ نهر وحموى (قوله التى يجوز ان تجعل صحيحا) كان الظاهر ان يقول صحيحة بالتأنيث الا انه يجوز ذلك فى فعيل اذا كان بمعنى مفعول وجرى على موصوفه بقى انه يفهم من كلامه هذا أن الشركة على قسمين قسم يجوز ان تنقلب صحيحة وقسم تبقى على الفساد ولا تنقلب فليراجع حموى وأقول هذا الذى فهمه السيد من كلام الشارح يبتنى على ان المراد بالشركة الفاسدة ما كان الفساد فيها ذاتيا بأن كان المشترك فيه مباح الاصل وليس كذلك وانما المراد بها ما اذا كان المشترك فيه يصح الاشتراك فيه بان كان غير مباح الاصل لكن طرأ الفساد من جهة اخرى كما اذا اشترط لاحدهما من أصل الربح دراهم مسماة وكان بحال لو لم يذكر هذا الشرط لبقيت الشركة على الصحة هذا مراده فأشار بقوله التى يجوز ان تجعل صحيحا الى الجواب عما عساه ان يقال ان فى كلام المصنف تناقضا لانه ذكر أولا ان الكسب فى الشركة الفاسدة للعامل وعليه أجر مثل ما للآخر ثم ذكر ما يخالفه بقوله والربح فى الشركة الفاسدة بقدر المال وان شرط الفضل فأشار الى اختلاف موضوع المسئلتين فموضوع ما ذكره أولا ما اذا وقعت الشركة فى نحو الاستقاء من النهر وموضوع ما ذكره ثانيا ما اذا وقعت الشركة فى شراء البر وبيعه مثلا واشترط الربح اثلاثا مع التساوى فى رأس المال ولكن طرأ الفساد لامر عرض كاشتراط تخصيص أحدهما من أصل الربح بدراهم مسماة وأشار المصنف بقوله وان شرط الفضل الى ان جواز اشتراط التفاضل فى الربح مع التساوى فى رأس المال محله ما اذا صحت الشركة اما اذا فسدت فلا ويكون الربح بينهما على حسب المال وبهذا التقرير تعلم سقوط ما ذكره السيد الحموى (قوله بقدر المال) نبه به على انه لو كان المال من أحدهما كان للآخر أجر المثل كما لو دفع دابة لرجل ليؤاجرها والاجر بينهما فسدت والربح للمالك وللآخر أجر مثله وكذلك السفينة والبيت ولو ليبيع عليها البر فالربح لرب البر وللآخر أجر مثل الدابة لان منفعة الدابة لا تصلح مال الشركة كالعروض نهر واعلم ان بعضهم علل ما ذكر من ان الربح فى الشركة الفاسدة بقدر المال بان الربح تبع للمال فيقدر بقدره كالريع فانه تبع للبذر فى المزارعة قال فى البناية وفيه نظر اذ الربح عندنا فرع العقد كما مر وكون الربح تابعا للمال انما هو مذهب الشافعى كما مر فكان الكلام متناقضا والجواب انه تابع للعقد اذا كان العقد موجودا وههنا قد فقد العقد فيكون تابعا للمال لان الزيادة انما تستحق بالتسمية وقد فسدت التسمية لفساد العقد لكونه واجب الدفع فصار كان التسمية لم توجد أصلا فبقى الاستحقاق على قدر رأس المال حموى (قوله وتبطل الشركة الخ) قيده البرجندى كالدرر بشركة العقد وظاهره ان شركة الملك لا تبطل حموى فان قلت ينافى التقييد المذكور قوله فى الدرر وتبطل أى الشركة مطلقا بموت أحدهما قلت الاطلاق بالنظر للمفاوضة والعنان فلا منافاة (قوله بموت أحدهما) لانها تتضمن الوكالة وهى تبطل بالموت واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة اذ لا بد لها منها لكن فيه انه لا يلزم من بطلان التابع بطلان المتبوع والجواب ان الوكالة تابعة للشركة من حيث انها شرطها ومعلوم انه لا تحقق للمشروط دون شرطه حموى عن البناية وتبطل أيضا بانكارها وبقوله لا أعمل معك فتح وبفسخ أحدهما ولو المال عروضا بخلاف المضاربة هو المختار بزازية خلافا

أى ان اعانه الا انه لا يجاوز عن نصف ثمن ذلك عند أبى يوسف وعند محمد أجر مثله بالغا ما بلغ (والربح فى الشركة الفاسدة) التى يجوز ان تجعل صحيحا يكون (بقدر المال وان شرط الفضل وتبطل) الشركة (بموت أحدهما) مطلقا سواء علم الشريك بموت صاحبه أولا

للزيلعى وبه توقف على علم الآخر لانه عزل قصدى وبجنونه مطبقا فالربح بعد ذلك للعامل لكنه يتصدق بربح مال المجنون تنوير وشرحه عن التتارخانية (قوله ولو كان الموت حكما) نصب على التمييز نهر وعينى وهو عجيب والصواب انه خبر كان المحذوفة ومزجه فى النهر يدل على ذلك ولو ثبت فى العربية حذف كان التامة مع اسمها بعد لو كان النصب على التمييز حموى عن شرح الشلبى (قوله وقضى بلحاقه) فان لم يقض به توقف انقطاعها اجماعا فان عاد قبل الحكم بقيت وان مات أو قتل انقطعت وهل تنقلب عنانا فى حالة التوقف نفاه الامام وانبتاه نهر عن الفتح (قوله وادياها معا) أى كل واحد عن نفسه وعن شريكه شيخنا (قوله أى ضمن كل واحد الخ) ويتقاصان فان كان مال أحدهما أكثر يرجع بالزيادة در رفان قيل ينبغى ان لا يجب الضمان عند أبى حنيفة اذا أديا معا العدم سبق أداء الموكل فلم يقع فعل الوكيل نفلا قلنا أداء الموكل ان لم يسبقه تحقيقا فقد سبقه اعتبارا وتقديرا لان تصرف الموكل على نفسه أقرب من تصرف الوكيل فيصير سابقا معنى كالوكيل بالبيع مع الموكل اذا باعا وخرج الكلامان معا فانه ينفذ بيع الموكل دون بيع الوكيل حموى عن البناية (قوله ضمن الثانى) لانه أتى بغير المأمور به لانه اسقاط الفرض عنه فصار مخالفا فيضمن علم أم لم يعلم لانه صار معزولا بأداء الموكل حكما لفوات المحل وذا لا يختلف بالعلم والجهل كالوكيل ببيع العبد اذا اعتقه الموكل ينعزل علم به أو لا درر (قوله لا يضمن مطلقا) وهو الصحيح عندهما وعلى هذا الوكيل بأدائها أو بأداء الكفارة لهما انه مأمور بالاداء وقد أتى به وليس فى وسعه ايقاعه زكاة أو كفارة لتعلقه بنية الآمر وله انه أتى بغير المأمور به اذ هو اسقاط الفرض عنه ولم يسقط به فصار بالدفع مخالفا لانه بأداء الآمر صار معزولا عزلا حكميا وفيه لا يشترط العلم كما مر ولو دفع الى غيره دراهم ليقضى بها دينا عليه ثم أدى الدافع الدين أو ذبح المأمور دم الاحصار بعد زواله قيل على الخلاف أيضا وقيل عدم الضمان على الاتفاق نهر (قوله وان أذن أحدهما بشراء أمة الخ) وفى الخلاصة قال أحد الشريكين لصاحبه أريد ان أشترى هذه الجارية لنفسى فسكت فاشتراها لا تكون له ولو قال الوكيل ذلك فسكت فاشتراها تكون له وفرق بينهما بأن الوكيل يملك فسخ الشركة اذا علم الموكل رضى أم لا بخلاف الشريك فان أحد الشريكين لا يملك فسخ الشركة الا برضا صاحبه قال فى الفتح وهذا غلط وقد صح هو انفراده بالفسخ والمال عروض والتعليل الصحيح ما فى التجنيس من ان أحدهما لا يملك تغيير موجبها الا برضا صاحبه وأجاب فى النهر بأن ما ذكره فى الخلاصة من الفرق محمول على ما اختاره الطحاوى وأقول يؤيد دعوى الغلط ان مسئلة الوكالة لا شركة فيها أصلا فكيف يستقيم الفرق بينهما بأن الوكيل يملك فسخ الشركة ثم ظهر لى ان الصواب ابدال الشركة بالوكالة بأن يقال ويفرق بينهما بأن الوكيل يملك فسخ الوكالة الخ واعلم ان قوله فى النهر والمراد بموجبها وقوع المشترى على الاختصاص صوابه والمراد بتغيير موجبها الخ كما هو ظاهر مما سبق عن التجنيس وحينئذ يسقط ما ذكره السيد الحموى من ان الصواب ابدال الاختصاص بالاشتراك (قوله أى أحد المتفاوضين) صريح فى ان أحد شريكى العنان لا يكون الحكم فيه كذلك والظاهر ان التقييد به اتفاقى حموى وكان الاولى ابدال قوله صريح بقوله ظاهر الخ (قوله بلا شئ عند أبى حنيفة) لان الاذن يتضمن هبة نصيبه لان الوطء لا يحل الا بالملك أى الخاص فصار كما اذا اشتراها ثم قال أحدهما للآخر اقبضها لك كان هبة وكما اذا قال لشخص اقبض دينى على فلان لنفسك فقبضه كان هبة له وكما اذا قال شخص أد عنى الزكاة فأدى عنه كان تمليكا منه أى من الآمر فى ضمن قبض الفقير بخلاف طعام الاهل وكسوتهم لان ذلك مستثنى عن الشركة للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة ولا ضرورة فى مسئلتنا فلا تستثنى فتدخل فى ملكهما جريا على موجب الشركة اذ لا يملك تغييره فيكون قاضيا دينا عليهما وللبائع ان يؤاخذ بالثمن أيهما شاء على التقديرين لما بينا فى الطعام والكسوة زيلعى وقوله على التقديرين أى تقدير وقوع الملك لهما أو لاحدهما شيخنا (قوله وعندهما يرجع الآذن عليه بنصف الثمن) لان الشراء وقع للمأمور خاصة فكان الثمن

(و) لو كان الموت (حكما) بأن ارتد ولحق بدار الحرب وقضى بلحاقه (ولم يزك) أحد الشريكين (مال الآخر بلا اذنه فان أذن كل) منهما لصاحبه ان يؤدى زكاته (واديا معا ضمنا) أى ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه مطلقا علم أو لم يعلم عند أبى حنيفة وعندهما لا يضمن شيئا ان لم يعلم (ولو) أديا (متعاقبا ضمن الثانى) المأمور به الاول مطلقا سواء علم بأداء صاحبه أو لا عند أبى حنيفة وعندهما ان علم بأداء صاحبه ضمن والا لا وفى الزيادات لا يضمن مطلقا وهو الصحيح عندهما (وان أذن أحدهما) أى أحد المتفاوضين (بشراء أمة ليطأها) المشترى (ففعل) وادى الثمن من المال المشترك (فهى له) أى للمشترى خاصة (بلا شئ) عند أبى حنيفة وعندهما يرجع الآذن عليه بنصف الثمن

واجباعليه وقداداه من مال الشركة فيرجع عليه بنصف الثمن كما فى الطعام والكسوة درر (قوله لانه لوامر للخدمة) أى لوامره بالاخذ للخدمة ووقع فى النسخة التى كتب عليها السيد الحموى لو أخذ للخدمة فلهذا قال صوابه لوأذنه بالأخذ للخدمة انتهى (قوله فكذلك) أى كمسئلة الكتاب لا كالمسئلة التى قبلها ووقع فى بعض النسخ فذلك وهذه النسخة أولى حموى (تكميل) اشترى عبدا مثلا فقال له آخر اشركنى فيه فقال فعلت ان قبل القبض لم يصح وان بعده صح ولزمه نصف الثمن وان لم يعلم بالثمن خير عند العلم به ولوقال اشركنى فيه فقال نعم ثم لقيه آخر وقال مثله وأجيب بنعم فان كان القائل عالما بمشاركة الاول فله ربعه وان لم يعلم فله نصفه لكونه يطلب الشركة فى كامله وحينئذ خرج العبد من ملك الاول تنوير وشرحه وقوله ان قبل القبض لم يصح وجهه ان اشراك الغير يتضمن بيع البعض منه وبيع المنقول قبل القبض لا يصح والمراد بالاول فى قوله وحينئذ خرج العبد من ملك الاول هو المشترى للعبد لا الذى أشركه فيه أوّلا وانما خرج عن ملكه لانه باشراك الاول صار بائعا منه نصفه ثم باشراك الثانى حال كون الثانى لا علم له بما وقع بينه و بين الاول من الشركة صار بائعا منه النصف الثانى فافهم والله أعلم

واغا قال اذن لانه لواشترى شيئا بغير اذن شريكه يكون مشتركا بينهما قيد بقوله لطأها لانه لوأمر للخدمة ففعل فكذلك له خاصة ولا تثبت الهبة فيرجع عليه صاحبه بنصف الثمن

(كتاب الوقف)

(كتاب الوقف) تناسب الكتابين من حيث ان المقصود من كل منهما الانتفاع لكن انتفاع الاول فى الدنيا وانتفاع الثانى فى الآخرة

اعلم ان له سببا وركنا ومحلا وشروطا فسببه ارادة محبوب النفس فى الدنيا ببر الاحباب وفى الآخرة بالثواب وركنه الالفاظ الخاصة وهى ستة ألفاظ ثلاثة من قسم الصريح وهى وقفت وحبست وسبلت والثلاثة الاخرى كناية فتتوقف على النية وهى تصدقت وحرمت وأبدت جوهرة وذكر فى الاسعاف من الباب الاول ان ركنه لفظ الوقف وما فى معناه كقوله صدقة محرمة أو صدقة محبسة أو صدقة مؤبدة أو صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث أو صدقة موقوفة انتهى وفيه اشعار بأن الوقف لا بدّ له من القول وبه صرح القهستانى ونصه وانما قيد بالقول لانه لو كتب صورة الوقفية مع الشرائط بلا تلفظ لم يصر وقفا بالاتفاق كما فى الجوهرة اه ومحله المال المتقوم وشروطه منها عدم الحجر بسفه أو دين وكونه منجزا الا معلقا الا بكائن واما اضافته فتصح نهر عن جامع الفصولين كقوله وقفت دارى غدا بخلاف اذا جاء غد وكونه مملوكا ويتفرع على هذا الشرط عدم جواز وقف الاقطاعات الا اذا كانت الارض مواتا أو ملكا للامام فأقطعها رجلا وكذا وقف المرتدان قتل عليها أو مات لان ملكه يزول بها والا موقوفا بخلاف المرتدة ولو ارتد المسلم بطل وقفه وان عاد الى الاسلام لا تعود الوقفية بحر عن الخصاف وكونه معلوما فلو وقف شيئا من أرضه ولم يسمه لا يصح وان بين بعد ذلك ولوقال جميع حصته من هذه الارض ولم يسم السهام جاز استحسانا ولوقال وهو ثلث جميع الدار فاذا هو النصف كان الكل وقفا نهر عن الخانية وان لا يذكر فيه خيار شرط معلوما كان أو مجهولا عند محمد وان لا يكون موقتا بشهر أو سنة وفصل هلال بين ان يشترط رجوعها اليه بعد الوقت فيبطل والا فلا وظاهر الخانية اعتماده نهر وعبارة الخانية رجل وقف داره يوما أو شهرا أو وقتا معلوما ولم يزد على ذلك جاز ويكون وقفا أبدا اه فانت تراه لم يعرج على ما فصله هلال حموى وفيه تأمل اذ قوله ولم يزد يشير الى ما ذكره هلال من التفصيل اما الاسلام فليس من شرطه فصح وقف الذمى بشرط كونه قربة عندنا وعندهم فلو وقف ذمى على بيعة لم يصح ولو على ذمى صح ولوقال على أن لا يسلم أو على ان من انتقل الى غير النصرانية فلا شئ له لزم شرطه على المذهب در وسيأتى للكلام على شروطه مزيد بيان (تتمة) لا يشترط لصحة وقف الارض أو الدار ذكر الحدود وما فى الخصاف شهدا انه اقر عندهما انه وقف أرضه التى فى موضع كذا وقالا لم يحددها لنا قال الوقف باطل الا أن تكون مشهورة تغنى شهرتها عن تحديدها فان كانت كذلك قضيت بأنها وقف انتهى مؤول بأن المراد بطلان الشهادة لا بطلان الوقف ولهذا قال هلال فيها الشهادة باطلة وكذا فى متن البحر المحيط والذخيرة وقاضيخان والحاصل ان ما ذكره الخصاف يحتاج

للتأويل ولا يجوز العمل بظاهره ولا الحكم بابطال الوقف بمجرد قول الشهود لم يحددها لنا لما علمت من ان المراد من قوله الوقف باطل أى الشهادة باطلة كما قال هلال وغيره وهذا مما يجب التيقظ لفهمه فاذا وقعت هذه المسئلة عند الحاكم الحنفى فجوابه أن يقول للشهود اذهبوا فان شهادتكم لا تفيد شيئا الا انها غير صحيحة و يقول للواقف ان كان حيا أو لوارثه ان كان الامر كما ذكر الشهود لا يحل لك انكاره ولا يجوز بيعه ولا اخراجه عن الوقفية وجواب المفتى ان يكتب لا تصح هذه الشهادة ولا يلزم من عدم صحتها بطلان الوقف ان كان قد وقف لان الوقف لا يشترط لصحته التحديد فى نفس الامر بل يصح بقوله وقفت دارى على كذا وان لم يذكر الحدود أصلا شيخنا عن أنفع الوسائل فما فى النهر عن القنية مما ظاهره اشتراط التحديد يحمل على انه بالنسبة لقبول الشهادة كما يشير اليه ما نقله آخرا عن الخلاصة (قوله ولذا ذكره بعد الشركة) لان ما يتعلق بالآخرة يناسب أن يكون متأخرا فى الذكر وان كان مقدما فى الاعتبار حموى (قوله يتعدى ولا يتعدى) يعنى العرب استعملت هذا الفعل مرة متعديا ومرة لازما فوقف بمعنى حبس متعد ووقف بمعنى انتصب لازم وفرقوا بينهما بالمصدر فصدر المتعدى الوقف ومصدر اللازم الوقوف (قوله وهو فى الاصل مصدر وقفه اذا حبسه) يقال وقفت دارى وأرضى ولا يعرف أوقفت من كلام العرب عينى ولهذا قالوا انها لغة رديئة لكن سوى فى القاموس بينهما والظاهر ان له سندا نوح افندى (قوله وقيل للموقوف وقف تسمية بالمصدر) مبالغة كقولهم نسج اليمن وضرب الامير للمنسوج والمضروب فهو مجاز مرسل من اطلاق اسم المتعلق على المتعلق والعلاقة التعلق وما قيل من ان علاقته الكلية والجزئية فليس بظاهر (قوله والتصدق بالمنفعة) زاد فى الفتح وتبعه ابن الكمال أو صرفها لمن احب لان الوقف على الاغنياء صحيح اذا جعل آخره لجهة قربة مؤبدة وأجاب فى النهر بأن المراد التصدق ولو فى الجملة بدليل ما فى المحيط لو وقف على الاغنياء لم يجز لانه ليس بقربة بخلاف ما لو جعل آخره للفقراء فانه يكون قربة فى الجملة انتهى فأفاد بقوله بخلاف ما لو جعل آخره للفقراء اشتراط كون الاغنياء معينين يحصون ليتصور أيلولة الوقف الى الفقراء بعد انقراضهم لان الاغنياء اذا لم يكونوا يحصون لا يتوهم انقراضهم الى قيام الساعة وان رمت ايضاح ذلك فعليك بالاسعاف كذا ذكره شيخنا فتحصل ان لجواز الوقف على الاغنياء شرطين الاول كونهم معينين يحصون الثانى ان يجعل آخره للفقراء (قوله عند أبى حنيفة) هذا على ما هو الاصح من مذهب الامام من ان الوقف عنده جائز الا انه غير لازم بمنزلة العارية خلافا لما جرى عليه فى الاصل من عدم جواز الوقف عند أبى حنيفة أصلا ولهذا قال فى الخانية الوقف جائز عند علمائنا أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد وزفر والحسن بن زياد رحمهم الله وذكر فى الاصل كان أبو حنيفة لا يجيز الوقف وبظاهر هذا اللفظ أخذ بعض الناس فقال عند أبى حنيفة لا يجوز الوقف وليس كما ظن بل هو جائز عند الكل الخ ويؤيده ما نقله فى الاختيار شرح المختار حيث قال واجتمعت الامة على جواز أصل الوقف لما روى انه عليه الصلاة والسلام تصدق بسبع حوائط فى المدينة وكذلك الصحابة رضى الله عنهم وقفوا والخليل عليه السلام وقف ووقوفا وهى باقية جارية الى يومنا انتهى (قوله وعندهما حبس العين الخ) وعليه الفتوى در عن ابن الكمال وابن الشحنة لما فى اصل صحة الوقف ما روى عن ابن عمران عمر اصاب أرضا بخيبر فقال يا رسول الله اصبت أرضا بخيبر لم اصب مالا قط انفس عندى منه فما تأمرنى فقال ان شئت حبست اصلها وتصدقت بها فتصدق بها عمر على ان لا تباع ولا توهب ولا تورث فى الفقراء وذوى القربى والضيف وابن السبيل لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول عينى وقوله غير متمول يعنى يكتفى بما يأكل ولا يكتسب به المال بالبيع لنفسه وهو نظير الغازى فى طعام الغنيمة يباح له أن يتناول بقدر حاجته ولا يتمول ذلك بالبيع والاقراض (تتمة) الارض التى أصابها عمر تدعى ثمغ وكان نخلا نفيسا بالثاء المثلثة المفتوحة بعدها ميم ساكنة ثم غين معجمة ذكر الشيخ حافظ الدين انه بلا تنوين للعلمية والتأنيث وجوز الاتقانى التنوين وعدمه كما فى دعد قال العلامة نوح أفندى وهذا هو الموافق لما فى كتب النحو من ان

ولذا ذكره بعد الشركة وهو فى الاصل مصدر وقفه اذا حبسه وقفا ووقف بنفسه وقوفا يتعدى ولا يتعدى وقيل للموقوف وقف تسمية بالمصدر وفى الشرع (هو حبس العين على ملك الواقف) أى قصره عليه لا يتجاوزه الى ملك غيره (والتصدق بالمنفعة) على الفقراء أو على وجه من وجوه الخير عند أبى حنيفة فيرجع فيه ويباع ويوهب ويورث وعندهما حبس العين

المؤنث المعنوي اذا كان ساكن الوسط جاز فيه الصرف وعدمه (قوله على حكم ملكه تعالى) فائدة زيادة لفظ الحكم الاشارة الى ان المخلوقات بأسرها محبوسة على ملك الله تعالى دائما بحيث لا يكون للمخلوق تصرف سوى المنفعة (قوله فيزول ملك الواقف عنه) ومافي الدرر تبعا للهداية من زيادة قوله الى الله تعالى على وجه يعود نفعه على العبد تعقبه نوح افندي بأنه لو اقتصر على قوله فيزول ملك الواقف عنه على وجه تعود منفعته الى العباد وترك قوله الى الله تعالى لكان أولى لان ملك الله سبحانه وتعالى في الاشياء لم يزل قط ولا يزال (قوله والملك يزول بالقضاء الخ) أي من قاض يرى لزومه فالتقييد بالقضاء للاحتراز عن الحكم فلا يلزم بحكمه في الصحيح زيلعي معللا بان للقاضي أن ينقض حكمه وطريق الحكم فيه أن يسلم الوقف الى المتولي ثم يرجع فيه الواقف بحكم انه غير لازم فاذا ترافعا الى الحاكم وحكم بانقطاع ملكه عن الوقف لزم بالاجماع لانه فصل مجتهد فيه كسائر المجتهدات ولا يشترط لقبول البينة التي تشهد بالوقف سبق الدعوى در وانما احتيج الى القضاء لان لفظ الوقف لا ينبئ عن الاخراج عن الملك بخلاف المسجد فانه في المسجد ينبئ عن الاخراج كذا ذكره شيخنا واعلم ان مجرد ما يكتبه الموثق في آخر الصك من قوله وقد قضى قاض بصحة هذا الوقف ولزومه لا يرفع الخلاف لعدم الحكم بالفعل بقي أن يقال هل القضاء بالوقف يكون قضاء على الكافة فلا تسمع الدعوى ملك أو وقف آخر أم لا أفتى أبو السعود مفتي الروم بالاول وبه جزم في المنظومة المحبية ورجحه المصنف صونا عن الحيل لابطاله لكن نقل بعده عن البحر ان المعتمد الثاني وصححه في الفواكه البدرية وبه افتى المصنف در ولا يشترط في دعوى الوقف بيان واقفه على ماذكره في الاسعاف معزيا للخانية ختام باب الشهادة على اقرار الواقف بحصة من الارض الفلانية الخ لكن تعقبه شيخنا بما في التنوير وشرحه معزيا للبزازية من انه يشترط في دعوى الوقف بيان الواقف في الصحيح ولو الوقف قديما لئلا يكون اثباتا للمجهول (تتمة) عبر عن اللزوم بزوال الملك حيث قال والملك يزول بالقضاء لانه يستلزمه فيكون كناية وهي ابلغ من التصريح ومنه يعلم سقوط ماذكره عزمي زاده من التصويب واعلم ان الكناية ذكر الملزوم لينتقل منه الى اللازم عند القزويني وعند السكاكي ذكر اللازم لينتقل منه الى الملزوم فعلى الاول زوال الملك ملزوم ذكر لينتقل منه الى اللازم الذي هو اللزوم وعلى الثاني لازم ذكر لينتقل منه الى الملزوم الذي هو اللزوم ورجح مذهب القزويني بما هو مذكور في محله نوح افندي (قوله وعند أبي يوسف يزول بمجرد الوقف لانه اسقاط ملكه لله تعالى فصار كالعتق زيلعي وفي الجوهرة وعليه الفتوى وفي الدرر وصدر الشريعة وبه يفتى وأقره مصنف تنوير الابصار في شرحه وفي البحر والاخذ بقول الثاني احوط وأسهل (فرع) اشترى عقارا أو عبدا فوقفه او اعتقه ثم وجد به عيبا رجع بنقصان العيب كذا في حاشية الاشباه للبيري (قوله وعند محمد به وبالتسليم) لانه صدقة فيكون التسليم من شرطه ولان التمليك من الله تعالى لا يتحقق قصدا لانه مالك للاشياء ولكنه يثبت في ضمن التسليم الى العبد كما في الزكاة وغيرها من الصدقات المنفذة قال العيني وبه يفتي مشايخ بخارى وهو أقرب الى موافقة الآثار انتهى ولابي حنيفة قوله عليه السلام لعمر احبس اصلها وسبل ثمرتها أي احبسه على ملكك وتصدق بثمرتها لان غرضه التصدق بغلته ولا يتصور الا اذا بقي الاصل على ملكه والا لكان مسبلا جميعا وما رواه لا يدل على لزومه ولهذا أراد عمر ان يبيع ذلك بعد موت النبي صلى الله عليه وسلم ثم كره أن ينقض ما كان بينه وبين رسول الله صلى الله عليه وسلم فتركه ذكره الطحاوي الخ الزيلعي فارادته النقض دليل على عدم لزومه الا انه اذا حكم به حاكم ممن يرى لزومه يلزم لانه فصل مجتهد فيه كما سبق (تتمة) رجح بعض العلماء قول الامام بأمرين أحدهما ان دوام الصدقة عن الواقف بمنفعة الموقوف يقتضي بقاء ملك الواقف فيه اذ لا تصدق بلا ملك والثاني ان القول بزوال ملك الواقف عن الموقوف الى الله تعالى يقتضي أن لا يكون ملك الله ثابتا فيه قبل الوقف وهذا باطل لان ملك الله ثابت قبل الوقف وبعده لان ملكه في الاشياء لم يزل قط ولا يزال كما مر نوح أفندي (قوله ولا يتم الوقف حتى يقبض) أطلق القبض

على حكم ملكه تعالى فيزول ملك الواقف عنه (والملك يزول بالقضاء لا الى مالك) أي لا ينتهي الى يد مالك وقال الشافعي يدخل في ملك الموقوف عليه في أحد قوليه وعند أبي يوسف يزول بمجرد الوقف وعند محمد به وبالتسليم (ولا يتم) الوقف (حتى يقبض) المتولي

ولم يقيده بالمتولي لان تسليم كل شيء بما يليق به ففي المسجد بالافراز وفي غيره بنصب المتولي در عن ابن الكمال وهذا شروع في شروطه الخاصة عند محمد وقد علمت انها أربعة وهذا لا ينافي ماذكره أولا بقوله والملك يزول بالقضاء الخ لانه أشار الى بيان مسئلة اجماعية هي ان الملك بالقضاء يزول اما اذا خلا عن القضاء فلا يزول الا بعد هذه الشروط عند محمد اختاره المصنف تبعا لعامة المشايخ وعليه الفتوى وكثير من المشايخ اختاروا قول أبي يوسف وقالوا ان عليه الفتوى قال في النهر وبهذا التقرير اندفع ما في البحر كيف مشى أولا على قول الامام وثانيا على قول غيره وهذا مما لا ينبغي يعني في المتون الموضوعة للتعليم انتهى وفي فتاوى الغزي ليس للواقف الرجوع عن الوقف الذي لم يحكم بصحته ولزومه على ما هو المفتى به فان رجع وحكم حاكم بصحة الرجوع صح لتأيده بالحكم حموي وذكر في النهر انه لو قضى ببيعه قبل الحكم بلزومه قاض حنفي كان باطلا وما أفتى به قارئ الهداية محمول على القاضي المجتهد الخ (تتمة) بقي من الشرائط أن يكون الواقف حرا عاقلا بالغا فلا يصح وقف العبد الا اذا أذن له مولاه وكان غير مستغرق فان مستغرقا لا يصح وان أذن مع الغرماء كذا في اجابة السائل لصاحب النهر اختصار انفع الوسائل للطرسوسي وكذا وقف المحجور عليه باطل الا أن يأذن له القاضي كما في فتاوى أبي الليث وقال ابو القاسم لا يجوز وان أذن القاضي ورجحه في أنفع الوسائل لكن ينظر وجه عدم صحة الوقف من العبد المستغرق بالدين اذا أذن له المولى والغرماء لان الظاهر الصحة حيث كان باذنهم فليحرر ولا من الصبي أو المجنون وان يكون غير مجهول فلو وقف من أرض شيئا ولم يسمه كان باطلا كما في البحر وكذا لو وقف هذه الارض أو هذه وان يكون مالكا للموقوف بعده قال في الاسعاف وان يكون قربة في ذاته وعند المتصرف وأن يكون عقارا أو منقولا تبعا له انتهى كلام اجابة السائل والظاهر ان الصواب ابدال بعده من قوله وأن يكون مالكا للموقوف بعده بقبله لما تقرر من ان وقف المعدوم باطل بخلاف الوقف على المعدوم وقوله او منقولا تبعا له يفيد ان وقف البناء بدون الارض المملوكة لا يصح وهو خلاف ما عليه الفتوى در عن قارئ الهداية وكذا يجوز وقف البناء وان كانت الارض وقفا لجهة أخرى وهو الصحيح در أيضا عن المنظومة المحبية وكذا لو كانت الارض وقف الغير واقف البناء در أيضا عن جواب ابن نجيم أما لو كانت الارض وقفا على الجهة التي عين البناء لها فانه يجوز اجماعا تنوير وبهذا التقرير تعلم ان ماذكروه من عدم صحة وقف الخلو انما هو تفريع على اشتراط كون الوقف عقارا ثم حقيقة الخلو على ما قاله الاجهوري المالكي انه اسم لما يملكه دافع الدراهم من المنفعة التي دفع الدراهم في مقابلتها انتهى قال الحموي في حاشية الاشباه وظاهره سواء كانت تلك المنفعة عمارة كان يكون في الوقف اماكن آلت الى الخراب فيكريها ناظر الوقف لمن يعمرها ويكون ما صرفه خلوا له ويصير شريكا للواقف لما زادته عمارته مثلا لو كانت الاماكن قبل العمارة تكرى بنصف كل يوم وصارت بعدها تكرى بثلاثة انصاف فيكون صاحب الخلو شريكا بالثلث والثلثين فاذا احتاجت تلك المحلات الى عمارة كان على الوقف في تلك الصورة الثلث وعلى صاحب الخلو الثلثان أو كانت المنفعة غير عمارة كوقيد مصباح مثلا انتهى ويتفرع على اشتراط كونه مملوكا ما في النهر غصب ارضا فوقفها ثم اشتراها لا يكون وقفا اما لو اجازه المالك جاز وهذا وقف الفضولي انتهى فاذا جاز وقف الغاصب باجازة المالك فكذا وقف العبد المستغرق بالدين حيث كان باذن المولى والغرماء وكذا يتفرع على اشتراط الملك في العقار ما أجاب به شيخنا من عدم جواز بناء مسجد في حريم نهر غير مملوك حين سئل هل لقاض آخر نقل اوقاف مسجد خرب الى آخر بعد نقل القاضي الاول الى مسجد قريب وهل يصح نقل الوقف الى مسجد بني في حريم نهر فقال لا يصح النقل الثاني بعد نقل القاضي الاول الى أقرب مسجد لخلوه عن المصلحة أخذا من قول الاشباه تصرف القاضي فيما له فعله في اموال اليتامى والتركات والاوقاف مقيد بالمصلحة فان لم يكن مبنيا عليها فلا انتهى لاسيما اذا كان النقل الى مسجد بني في حريم نهر غير مملوك فانه لا يصح الحكم باحترامه ولا يستحق الامام ونحوه

شيئا من المعلوم ولا الوقف على اقامة الشعائر فيه باجماع المذاهب كما فى فتاوى الشمس الغزى ووجهه ان
حريم النهر الحق فيه عم حتى سقى الدواب ونصب الرحى ان لم يخف تخريب النهر بكثرة البقر او ضرر العامة
لان الانتفاع بالمباح انما يجوز اذا لم يضر باحد كما سيجيء فى الشرب اه فوجه المنع من بناء المسجد فى حريم
النهر تضرر العامة بخلاف بناء المسجد فى الطريق فانه لا بأس به اذا كان لا يضر بالطريق لان الطريق
للمسلمين والمسجد لهم ذكره ابن الشحنة رحمه الله تعالى فى رسالته المتعلقة بما يجوز احداثه فى الطريق
وما لا يجوز ولا بد وان يكون منجزا حتى لو علقه بموته كاذا مت فقد وقفت دارى على كذا لا يزول ملكه
به وهو الصحيح كما فى الهداية قال فى النهر وانما كان هذا هو الصحيح لما يلزم على مقابله من جواز تعليق
الوقف وهو لا يقبل التعليق قال شيخنا والحاصل انه اذا علقه بموته كاذا مت فقد وقفت دارى على كذا
فالصحيح انه وصية وله أن يرجع قبل موته كسائر الوصايا وانما يلزم بعد موته انتهى ومن الشرائط عدم
اشتراط بيعه وصرف ثمنه الى حاجته فى المختار نهر وبحر عن البزازية ولهذا قال هلال الوقف لا يكون
الا بتا لا مثنوية فيه انتهى ومعنى لا مثنوية أى لا رجوع ومن هنا تعلم ما فى كلام بعضهم مما ظاهره ان ما فى
البزازية غير مرجح بقى ان يقال يشترط للنفاذ من كل المال أن يكون صحيحا فلو كان مريضا نفذ من ثلث
المال بشرط عدم الدين وكذا المريض اذا اقر بوقف ولم يبين انه منه او من غيره جاز من الثلث كما فى منية
المفتى واما المريض المديون الذى احاط الدين بماله اذا وقف فى المرض ينقض وقفه ويباع للدين بخلاف
الصحيح المديون فان وقفه لا ينقض بالاتفاق حيث كان قبل الحجر نهر عن الفتح وفى الدر من فتاوى ابن
نجيم وبطل وقف راهن معسر ومريض مديون بمحيط بخلاف صحيح لو قبل الحجر فان شرط وفاء دينه من غلته
صح وان لم يشرط يوفى من الفاضل عن كفايته بلا سرف ولو وقفه على غيره فغلته لمن جعله له خاصة
انتهى قال وغير المحيط يجوز من ثلث ما بقى بعد الدين ثم استدرك على ما سبق من تقييد المديون بالمريض
فقال لكن فى معروضات المفتى ابى السعود سئل عن من وقف على أولاده وهرب من الديون هل يصح
فأجاب لا يصح ولا يلزم والقضاة ممنوعون من الحكم وتسجيل الوقف بمقدار ما شمل بالدين انتهى ومنه
يعلم ان ما سبق عن النهر معزيا للفتح من دعوى الاتفاق على صحة وقف المديون اذا كان صحيحا حيث
كان قبل الحجر غير مسلم ثم رأيت بخط شيخنا عن الفوائد البدرية لابن الغرس الدين المحيط بالتركة مانع
من نفوذ الاعتاق والايقاف والوصية بالمال والمحاباة فى عقود العوض فى مرض الموت الا باجازة الداينين
وكذا يمنع من انتقال الملك الى الورثة فيمتنع تصرفهم الا باجازة انتهى قال وان خرج البعض من الثلث
قدم الاعتاق كما فى آخر الاشباه (تكميل) من فروع الوقف فى المرض ما ذكره فى اجابة السائل حيث قال
ولو لم يكن له وارث الا زوجته وقد وقف أرضه فيه ان اجازته فلا كلام والا فينبغى ان لها السدس والباقى
وقف قاله الشيخ الاخ واستدل عليه بما فى البزازية مات ولم يدع الا امرأة واحدة وأوصى بكل ماله لرجل
ان اجازت فكل المال له والا فالسدس لها والخمسة الاسداس له لان الموصى له يأخذ الثلث اولا يبقى اربعة
فأخذت الربع منها والباقى له فحصل له خمسة من ستة ولا شك انه فى مرض الموت وصية اه ومن فروع
الوقف فى المرض ما ذكره فى الاسعاف وقف على بعض ورثته ثم من بعدهم على المساكين وهو يخرج من
الثلث يتوقف على اجازة البقية فان اجازوه تقسم غلته على ما شرط والا تقسم بينهم وبين سائر الورثة على
قدر ميراثهم منه وكل من مات منهم عن ورثة ينتقل سهمه الى ورثته ما بقى احد من الموقوف عليهم فاذا
انقرض الموقوف عليهم تكون الغلة للمساكين وحكم ما يبقى عند عدم خروج كله من ثلث التركة كحكم
خروج كله ولو وقفه على أولاده وأولاد أولاده ونسلهم بالسوية بينهم ثم على المساكين وهو يخرج
من الثلث وكانت أولاده ونافلته ذكورا واناثا وكان له زوجة وأبوان فان اجازت الورثة كانت الغلة بين
الموقوف عليهم على ما شرط والا قسمت على عدد ولده لصلبه وعلى عدد نافلته فما أصاب ولد الصلب
يعطى منه لزوجته وابويه ثمنه وسدساه ويقسم الباقى بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لانه فى المرض

كالوصية وهى لا تجوز لوارث دون وارث وأما ما أصاب النافلة كان لهم خاصة يقسم بينهم بالسوية
كما شرط الواقف وقد ذكرنا حكم من مات من ورثته عن وارث وتبقى القسمة على هذا ما بقى من ولد الصلب
احد فاذا انقرضوا تكون الغلة كلها للنافلة على ما شرطه الواقف لجوازه عليهم عند وجود أولاد
الصلب ويسقط ما كان يعطى لزوجته وأبويه لانهم ليسو بموقوف عليهم وانما اعطيناهم مما أصاب
أولاد الصلب فرائضهم لوقفه فى المرض على بعض ورثته دون بعض وانه لا يجوز الخ (تتمة) سئل
عن وقف شرط لناظره انه يرتب من يدرس العلم كل يوم ما معنى يرتب أجاب السيد الحموى معناه انه
يستأجر عالما يقرأ العلم بأجر معلوم لانه يقرره بناء على جواز الاستئجار لقراءة العلم وعليه الفتوى انتهى
وقوله لانه يقرره يفيد عدم جواز احداث الوظائف بالاوقاف وبه صرح فى الاشباه وما اعترض به
بعضهم على صاحب الاشباه من انه فعل ذلك حين كان مدرسا بصرغتمش ولا يعلم له سند فى حله أجاب
عنه السيد الحموى بان وقف صرغتمش وغيره من الوزراء والامراء والملوك من بيت مال المسلمين فهو وقف
صورى وقد أفتى المولى أبو السعود بانه لا يراعى شروطها لانها من بيت المال أو ترجع اليه بان كان
الواقف رقيق بيت المال فى عتقه نظر فيجوز الاحداث اذا كان المقرر فى الوظيفة من مصارف بيت
المال انتهى واعلم ان عدم جواز الاحداث يعنى فى الاوقاف الحقيقية مقيد بعدم الضرورة كما فى فتاوى
الشيخ قاسم اما ما دعت الضرورة اليه واقتضته المصلحة كخدامة الربعة الشريفة وقراءة العشر والجباية
وشهادة الديوان فيرفع الى القاضى وتثبت عنده الحاجة فيقرر من يصلح لذلك ويقرر له اجر مثله أو باذن
الناظر فى ذلك قال الشيخ قاسم والنص فى مثل هذا فى الفتاوى الولوالجية انتهى ثم رأيت بخط شيخنا عن ابن
الشحنة ان ما يأخذ الفقهاء من المدارس لا اجرة لعدم شرط الاجارة ولا صدقة لان الغنى يأخذها بل اعانة
لهم فى حبس انفسهم للاشتغال حتى لو لم يحضر المدرس بسبب اشتغال أو تعليق جاز أخذه الخ وقوله لا اجرة
أى محضة فلا ينافى ما ذكره فى الاشباه من ان الجامكية فى الاوقاف لها شبه الاجرة وشبه الصلة وشبه
الصدقة فيعطى كل شبه ما يناسبه فاعتبرنا شبه الاجرة فى اعتبار زمن المباشرة وما يقابله من المعلوم
والحل للاغنياء وشبه الصلة فى اعتبار انه اذا قبض المستحق المعلوم ثم مات لا يسترد حصة ما بقى من السنة
وشبه الصدقة لتصحيح أصل الوقف فانه لا يصح على الاغنياء ابتداء فاذا مات المدرس فى اثناء السنة قبل
مجيء الغلة وقد باشر مدة ينبغى ان ينظر الى مدة مباشرته ومباشرة من جاء بعده وينظر كم يكون للمدرس
المنفصل والمتصل الخ وهذا صريح فى عدم سقوط المعلوم بموته وذكر قبل هذا ما محصله ان الامام أو المؤذن
اذا مات قبل الاستيفاء سقط لانه فى معنى الصلة وقيل لا يسقط لانه كالاجرة ذكره فى الدرر وجزم فى البغية
بانه يورث بخلاف رزق القاضى الخ ثم رأيت بخط شيخنا ما محصله ان الخلاف فى السقوط وعدمه بالنسبة
لموت صاحب وظيفة كالامام والمدرس ونحوهما بخلاف الوقف على الاولاد حيث لا يسقط نصيب
من مات منهم بل يورث عنه قولا واحدا قال شيخنا ويستحق الغلة من كان منهم موجودا وقت خروجها
واعتبار الادراك قول بعض المشايخ واعتبار خروجها هو قول هلال وصاحب الهداية وهو أقرب الى
اقاويل الاصحاب واعدل كما فى انفع الوسائل وذكر قبله باوراق انه يدخل فى القسمة كل من ولد لاقل
من ستة اشهر من وقت طلوع الغلة ولا يدخل فيها من ولد لاكثر منها الا ان يكون وقف على ولد نفسه
فجاءت له امرأته أو أم ولده بولد لاقل من سنتين فانه يكون له حصة من تلك الغلة ومثله فى الاسعاف وافاد
بمفهومه ان امرأته أو أم ولده لو جاءت به لتمام سنتين أو اكثر منهما من وقت طلوع الغلة لا يكون له حصة
فى هذه وانما يكون له فى الغلة المستقبلة فصار يوم حدوث الغلة هو وقت وجوب الحق كيوم موت
الموصى فى حق وجوب الملك للموصى له فى الوصية ومن مات منهم بعد طلوعها وانعقادها ورث عنه ورثته
نصيبه كما فى الاسعاف وانفع الوسائل عن الخصاف انتهى ملخصا بقى ان يقال ما سبق من ان أوقاف
الوزراء ونحوهم لا تراعى شروطها ليس على اطلاقه بل بالنسبة لما اذا لم يثبت لهم الملك ولهذا ذكر

الشيخ زين فى رسالته التحفة المرضية فى الاراضى المصرية ان الواقف لها لا يخلو اما ان يكون مالكا لها
فى الاصل بان كان من أهلها حين من الامام على أهلها أوتلقى الملك من مالكها أو غيرهما فان كان
الاول فلا خفاء فى صحة وقفه الى ان قال وان وصلت الارض الى الواقف بالشراء من بيت المال فان وقفه
صحيح وتراعى شروط وقفه سواء كان سلطانا أو أميرا أو غيرهما وذكر قبل هذا ان السلطان اذا أراد
ان يشتريها لنفسه أمر البائع بان يبيعها من غيره ثم يشتريها من المشترى فانه ابعد من التهمة الخ فعليك
بمراجعتها فانها مشتملة على فوائد مهمة (قوله ويفرز) وهو قول محمد أيضا احترز به عن المشاع
فانه لا يجوز وقفه وعند أبى يوسف يجوز لان القسمة من تتمة القبض وأصل القبض عنده ليس بشرط
فكذا تتمته والخلاف فى مشاع يحتمل القسمة ولهذا قال العينى واما ما لا يحتمل القسمة كالحمام ونحوه فلا
يضره الشيوع كالصدقة والهبة الا فى المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع مطلقا أى فيما يحتمل القسمة
وما لا يحتمل لان المهايأة فيهما من اقبح ما يكون بان يدفن فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويتخذ مسجدا
للصلاة فى وقت واصطبلا فى وقت آخر بخلاف الوقف فان استغلاله وقسم الغلة ممكن فلا يمنع الشيوع
صحة الوقف فيما لا يحتمل القسمة عند محمد ولا فيما يحتمله أيضا عند أبى يوسف انتهى ومنه يعلم ما سيأتى
فى كلام الشارح من الخلل وتذكير الضمير العائد على القسمة فى كلام العينى لتأويلها بالافراز
(قوله ويجعل آخره لجهة لا تنقطع) عند محمد لان مطلقه يحتمل التوقيت فلا بد من التنصيص على جهة
لا تنقطع عنده والخلاف فى غير لفظ صدقة (قوله عند محمد) وكذا عند أبى حنيفة لا بد من ذكر ما يدل
على التأبيد كما فى الزيلعى والعينى ويخالف هذا ما نقل عن المحيط من جواز الوقف عند الكل بدون
ذكر التأبيد الا عند يوسف بن خالد السمتى تلميذ أبى حنيفة والسمتى بفتح السين نسبة الى السمت والهيئة
واعلم ان ما فى الدرر من قوله واذا وقته بشهر او سنة بطل اتفاقا وعزاه الى الدرر ثم قال وعليه فلو وقف
على رجل بعينه عاد بعد موته لورثة الواقف به يفتى وعزاه الى الفتح انتهى فيه خلل ظاهر ووجهه
ان ما عزاه للفتح لا يصح تفريعه على ما قبله اذ عود الوقف الى ورثة الواقف بعد موته فرع جواز الوقف بناء
على احدى الروايتين عن أبى يوسف ان التأبيد ليس بشرط كما سبق فكيف يصح تفريعه على ما قبله من
انه اذا وقته بشهر او سنة بطل اتفاقا فلو حذف مسئلة الفتح واقتصر على قوله قلت وجزم فى الخانية بصحة
الوقف مطلقا وأقره الشرنبلالى لاستقام كلامه ليكون مقابلا لما مشى عليه مصنف التنوير تبعا للدرر
من ان الوقف اذا كان موقتا يبطل اتفاقا (قوله وعند أبى يوسف يتم بمجرد الوقف) لان مطلقه ينصرف
للتأبيد عنده فالخلاف فى ذكر ما يدل على التأبيد اما نفس التأبيد فشرط باتفاقهما ولهذا اتفقا على عدم
صحة الوقت الموقت فثمرة الخلاف تظهر فيما لو كان الوقف غير موقت ولم يذكر التأبيد ولا ما يدل عليه
كما لو وقف على جهة تنقطع فان الوقف يجوز عند أبى يوسف وعند محمد يبطل وفى كون نفس التأبيد
شرطا باتفاقهما نظر سيأتى وجهه (قوله حتى اذا سمى جهة تنقطع جاز الخ) وهو الصحيح زيلعى (قوله
وصار بعدها للفقراء) هذا على احدى الروايتين عن أبى يوسف وهى رواية البرامكة ونقل الناطفى
فى الاجناس عن شروط محمد بن مقاتل عن أبى يوسف اذا وقف على رجل معين جاز واذا مات الموقوف
عليه رجع الوقف الى ورثة الواقف وعليه الفتوى قال العينى فتحصل عنه روايتان والرواية الاخرى
ما عزاه فى النهر الى أبى يوسف من انه اذا وقف على نسل زيد وذكر جماعة بأعيانهم لا يصح عند
أبى يوسف أيضا لان تعيين الموقوف عليه يمنع ارادة غيره بخلاف ما اذا لم يعين الخ وينبنى عليه ما ذكره
فى النهر أيضا معزيا للاسعاف من صحة الوقف اذا اقتصر على قوله أرضى هذه موقوفة بخلاف ما لو زاد
على ولدى حيث لا يصح لان مطلق قوله موقوفة ينصرف الى الفقراء عرفا فاذا ذكر الولد صار مقيدا فلا
يفيد العرف الخ فعلى هذا يكون عن أبى يوسف ثلاث روايات فى الوقف على معين اذا لم يذكر بعده جهة
لا تنقطع فى رواية لا يصح الوقف ورجحها فى النهر حيث جعل القول بالصحة مبنيا على عدم اشتراط التأبيد

قال

(ويفرز ويجعل) الواقف (آخره لجهة لا تنقطع) عند محمد وعند أبى يوسف يتم بمجرد الوقف حتى اذا سمى جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم عنده

قال وهو رواية عنه ضعيفة وفى رواية أخرى يصح الوقف واذا مات الموقوف عليه يرجع الوقف لورثة
الواقف ورجحه فى الفتح وغيره كالناطفى والرواية الثالثة هى التى اقتصر عليها الشارح بقوله وصار بعدها
للفقراء وان لم يسمهم ومن هنا تعلم ان ما قيل من ان الخلاف فى ذكر التأبيد أما التأبيد نفسه فشرط
باتفاقهما كما قدمناه غير مسلم (قوله وصح وقف العقار) وهو الارض مبنية أو غير مبنية ويدخل البناء
تبعا كما فى الفتح وفى القاموس العقار الضيعة قال فى النهر وهو المناسب لقوله ببقره واكرته ثم ان كانت
الدار مشهورة لم يحتج الى تحديدها ويدخل فى وقف الارض الشرب والطريق وكل شجرة لا تقطع
فى سنة كاصول الباذنجان وقصب السكر دون الثمرة القائمة وقته وان لم تؤكل كالرياحين الا انه يلزمه
التصدق بها على وجه النذر استحسانا لا على وجه الوقف ولو جعل أرضه مقبرة وفيها أشجار فلورثته
قطعها أو صح وقف القن على مصالح الرباط ونفقته وجنايته فى مال الوقف ولو قتل عمدا لا قود فيه بل
تجب قيمته ليشترى بها بدله ولا يجوز تزويج عبد الوقف ولو من أمة الوقف وأما الامة فالظاهر ان المتولى
لا يملك تزويجها الا بأمر الحاكم ولو وقف عقارا على مسجد او مدرسة قبل بنائهما فالصحيح الجواز وتصرف
غلته الى الفقراء الى ان يبنى فاذا بنى ردت اليه الغلة أخذا من الوقف على أولاد فلان ولا أولاد له حكموا
بصحته وتصرف غلته الى الفقراء الى ان يولد لفلان فتح وان رمت المزيد على ذلك فعليك بالبحر واعلم
ان ما سبق من ان كل شجرة لا تقطع فى سنة تدخل فى الوقف موافق لما فى النهر ويخالفه ما فى البحر حيث
اشترط ان يكون مما لا يقطع الا بعد عامين او اكثر (قوله جمع أكار) عبيده الحراثون كما فى النهر
عن الفتح وهو أحسن مما ذكره الشارح والعينى من ان الاكار هو الزراع أو الفلاح لانه يوهم ثبوت الملك
فى الفلاحين الاحرار كما هو اعتقاد بعض غلاة الملتزمين حتى سمعت من شيخنا انه دخل يوما على القاضى
فوجد عنده شخصين يتنازعان فى فلاح كل يدعى انه فلاحه فسمع القاضى الدعوى وطلب البينة من
المدعى ليمكنه من أخذ الفلاح فقال له شيخنا هذه الدعوى لا تسمع لان الفلاح حر يسكن أين أحب
ولا يجبر على السكنى عند واحد منهما وان ثبت بالبينة انه فلاحه لان الحر لا يملك (قوله وعند أبى حنيفة
لا يجوز) وهو القياس لان التأبيد من شرطه وجه الاستحسان انهما تبع للارض فى تحصيل ما هو
المقصود ولهذا يدخل البناء فى وقف الارض تبعا وقال الولوالجى فى فتاواه رجل وقف بقرة على رباط على
ان ما خرج من لبنها وسمنها يعطى ابناء السبيل جاز ان كان فى موضع تعارفوا ذلك لمكان العرف كالسقاية
عينى ووجه التنظير بالسقاية ان بناءها لا يتأبد ودخل فى الوقف تبعا لارضها (قوله وصح عندهما وقف
مشاع الخ) اعلم ان الشيوع فيما لا يحتمل القسمة لا يمنع صحة الوقف بلا خلاف وفيما يحتملها اختلفوا
قال ابو يوسف لا يمنع ومحمد يمنع قلت الا اذا اتحد المتولى كارض بين رجلين وقفاها على بعض الوجوه
وسلماها الى وال يقوم عليها فانه يصح لان المانع من تمام الصفقة شيوع فى المحل المتصدق به كما اذا
اختلف متوليها ولا شيوع هنا كذا فى الفتح وصورها فى الاسعاف بأن يتصدقا بها جملة ويدفعاها معا الى
المتولى والظاهر ان اتفاقهما جملة ليس بشرط انما الشرط اتحاد المتولى ولو اختلفا جهة وقيما واتحد زمان
تسليمهما لهما أو قال كل منهما للقيم اقبض نصيبى مع نصيب صاحبى جاز اتفاقا لانهما صارا كمتول
واحد وفصل فى الطارئ بين ان يكون معينا فيصح فيما بقى أو شائعا كما اذا استحق نصف شائع فيبطل
فيما بقى كذا بخط شيخنا عن اجابة السائل لانه باستحقاق النصف شائعا تبين ان الوقف كان شائعا بخلاف
ما اذا وقف فى مرضه ثم مات ولم يخرج من الثلث ورجعت الورثة فى البعض شائعا حيث لا يبطل الوقف
لان الشيوع طارئ بعد الصحة فى الكل اذ المتوقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث انما هو اللزوم فقط
(قوله قضى بجوازه) قيد بالقضاء لانه لا يصح وقف المشاع بغير قضاء عند محمد وعليه الفتوى خلافا
للثانى حموى عن العلامة قاسم ومنه يعلم سقوط ما ذكره بعضهم من التنظير (قوله أى فيما لا يقسم)
فى تقييده صحة وقف المشاع الذى قضى بجوازه بما لا يقسم نظر لان وقف الذى لا يقسم كالحمام

(وصح وقف العقار ببقره) اى مع بقره (وأكرته) جمع أكار وهو المزارع وكذا سائر آلات الحراثة عندهما وعند أبى حنيفة لا يجوز (و) صح عندهما وقف (مشاع قضى بجوازه) عند محمد أى فيما لا يقسم وأما فيما يقسم فيجوز عند أبى يوسف ولا يجوز عند محمد (و) صح وقف (منقول

والرى صحيح اتفاقا لايحتاج الى القضاء بالصحة والذى يحتاج الى القضاء بالصحة لرفع الخلاف فهو الذى ذكره بعده والمشاع الذى يقبل القسمة وعليه يحمل كلام المصنف لا على مالا يقبلها كما علمت فالصواب حذف لا وقوله وأما فيما يقسم فيجوز عند أبى يوسف الخ غير مستقيم أيضا والظاهر ان يقال وان لم يقض به يجوز عند أبى يوسف ولا يجوز عند محمد كذا ذكره شيخنا (قوله فيه تعامل) كفاس وقدوم ودراهم ودنانير كذا فى التنوير وهذا قول محمد وعليه الفتوى درعن الاختيار فاستفيد ان وقف الدراهم والدنانير من قبيل وقف المتعامل وهكذا يستفاد من عبارة الزيلعى والعينى وعلى هذا فالتعامل فى جميع البلدان ليس بشرط ومنه يعلم سقوط ماذكره فى النهر بحثا حيث قال ومقتضى مامر عن محمد عدم جواز ذلك فى الاقطار المصرية لعدم تعارفه بالكلية نعم وقف الدراهم والدنانير تعورف فى الديار الرومية انتهى على انه فى شرح ملتقى الابحر للعلائى ذكر بعد قول المتن وكذا المنقول المتعارف وقفه عند محمد فقال وكذا غير المتعارف أيضا عند محمد كما فى شرح الوهبانية عن الزاهدى عن السير الكبير وتبعه الشرنبلالى وأقره القهستانى ثم قال فعلى مامر عن الزاهدى لا يحتاج لرواية الانصارى عن زفر وقد ورد أمر شريف للقضاة بالحكم به كما فى معروضات المفتى أبى السعود انتهى ومن هنا يعلم ان ما أفتى به بعضهم من ان القول بجواز وقف الدراهم ضعيف لكونه محكيا عن زفر غير صواب (قوله يعنى جرت العادة بوقفه) لقوله عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولان التعارف أقوى من القياس فيترك به القياس كالاستصناع (قوله مصحفا) فى الخلاصة وقف مصحفا على أهل مسجد ان كانوا يحصون جاز وان وقف على المسجد جاز ويقرأ فيه فى ذلك الموضع وذكر فى موضع آخر لا يكون مقصورا على هذا المسجد كذا فى النهر وباقى الكلام فيه (قوله أومرا) المر بفتح الميم وتشديد الراء المهملة ما يعمل به الطين يقال له بالفارسية بيل كذا بخط شيخنا عن السيواسى وبالعربية مسحاة (قوله أومراجل) جمع مرجل بكسر الميم وسكون الراء المهملة وفتح الجيم قدر من نحاس كذا بخط شيخنا عن السيواسى فعطفه على القدور من عطف الخاص على العام وكان الصواب ابدال أو بالواو لان عطف الخاص على العام مخصوص بالواو وحتى (قوله أوكراعا) الكراع بالضم فى الغنم والبقر كالوصيف فى الفرس والبعير وهو مستدق الساق يذكر ويؤنث والجمع اكراع ثم أكارع وفى المثل أعطى العبد كراعا فطلب ذراعا لان الذراع فى اليد وهو أفضل من الكراع فى الرجل والكراع اسم يجمع الخيل مختار الصحاح (قوله وعليه عامة المشايخ استحسانا) والقياس ان لا يجوز فى الكل لعدم التأبيد (قوله وعن أبى يوسف الخ) فى الزيلعى وعند أبى يوسف (قوله فى غير الكراع والسلاح) لورود السمع فيهما (قوله ولا يملك) ولا يرهن فلو سكنه المشترى أو المرتهن ثم بان انه وقف لزم أجر المثل وان لم تكن الدار معدة للاستغلال وكذا يلزمه أجر المثل اذا سكنه المتولى بلا أجر او سكن بلا اذن من المتولى أو الواقف أو استأجرها من المتولى بدون أجر المثل بما لا يتغابن فيه كان عليه أجر المثل بالغا ما بلغ وكذا اذا أجره اجارة فاسدة كذا فى فتاوى الشيخ قاسم واراد بالاجارة الفاسدة ما اذا كان الفساد فيها من وجه آخر كعدم بيان المدة والا فالنقص عن أجرة المثل اذا كان فاحشا يقتضى الفساد أيضا وفى حاشية السيد الحموى من الغصب نقلا عن حاشية الشيخ قاسم على شرح المجمع ان ما صححه فى المحيط من وجوب الاجر على المشترى اذا بان انه وقف أولى من تصحيح العمدة انه لا أجر عليه الخ ثم اعلم ان فى قول المصنف ولا يملك ايماء الى عدم جواز الاستبدال فيوافق ما نقل عن السرخسى وصدر الشريعة وظهير الدين كان يفتى بجوازه ثم رجع وقد سئل قارى الهداية عن الاستبدال هل هو قول أبى حنيفة أو احد من أصحابه فأجاب بأنه اذا تعين بأن كان الموقوف لا ينتفع به وثم من يرغب فيه ويعطى بدله أيضا أو دارا لها ريع يعود نفعه الى جهة الوقف فالاستبدال فى هذه الصورة قول أبى يوسف ومحمد وان كان للوقف ريع وامكن استبداله بما يكون أكثر ريعا منه فى صقع أحسن من صقع الوقف جاز عند القاضى أبى يوسف والعمل عليه والا فلا يجوز اه

قال

(قوله فيه تعامل) يعنى جرت العادة بوقفه مطلقا سواء كان مصحفا أو فاسا أو مرا أو قدوما أو منشارا أو جنازة أو ثيابها أو قدورا أو مراجل أو كراعا أو سلاحا عند محمد وعليه عامة المشايخ استحسانا وعن أبى يوسف أنه لا يجوز فى غير الكراع والسلاح (ولا يملك)

قال فى النهر ورأيت بعض الموالى يميل الى هذا ويعتمده وأنت خبير بأن المستبدل اذا كان قاضى الجنة فالنفس به مطمئنة فلا يخشى الضياع ولو بالدراهم والدنانير وفسروا قاضى الجنة بذى العلم والعمل وفى البحر عن المحيط لو ضاع الثمن من المستبدل لا ضمان عليه لكونه أمينا كالوكيل بالبيع اه وفيه عن فتح القدير لو باع وقبض الثمن ثم مات مجهلا يكون ضامنا انتهى ثم اعلم ان البعض جوزوا بيع بعض الوقف اذا خرب لعمارة الباقى والاصح انه لا يجوز فان الوقف بعد الصحة لا يقبل الملك كالحر لا يقبل الرقية صدر الشريعة وكذا لا يجوز اجارة بعضه لها وانما تجب عمارته فى بيت المال كما فى انفع الوسائل (تتمة) تعدد الوقف واتحد الواقف والجهة بأن بنى شخص مسجدين وجعل لكل مسجد وقفا على حدته وضاق ريع أحد الوقفين فانه يصرف عليه من ريع الوقف الآخر لانهما كشئ واحد بخلاف ما اذا اختلف الواقف أو الجهة بأن بنى شخصان مسجدين أو شخص مسجدا ومدرسة كما فى الدرر لكن فيه شئ يعلم بمراجعة عزمى زاده (فرع) استولى شخص على زاوية مدة من الزمن يلزمه أجر المثل مدة وضع يده كما فى الفتاوى الخيرية (قوله بعد الصحة) أراد بالصحة النفاذ ولو عبر به لكان أولى (قوله ولا يقسم) أى الموقوف بين مستحقيه نهر فأفاد ان قسمته بين المالك والواقف لتمييز الوقف عن الملك جائزة عند الصاحبين كما فى الدرر وسيأتى فى كلام الشارح ما يفيده (قوله وان وقف على أولاده) لان حقهم فى الغلة لا فى العين فلو ان احد الشريكين اشغل الوقف كله بالغلبة بدون اذن الآخر يلزمه أجر حصة الشريك سواء كان وقفا على سكناهما أو للاستغلال كما فى النهر عن القنية بخلاف الملك المشترك حيث لا يلزم الاجر على الشريك اذا استعمله كله وان كان معدا للاجارة كما فى النهر أيضا لان الدار المشتركة فى حق السكنى وما كان من توابع السكنى تجعل كالمملوك لكل واحد من الشريكين على سبيل الكمال ضرورة ثبوت جواز انتفاع كل منهما والا تتعطل عليهما منافع ملكهما وانه لا يجوز شيخنا عن آخر فصول العمادى بقى ان يقال اذا وقف على أولاده مع مشاركة زوجته فماتوا أو لم يوجد والا يسقط حقها اذ بموت أحد الشريكين لا يسقط حق الآخر كما لو ماتت الزوجة وبقى الاولاد مع ان المشاركة منتفية فالقائل من أهل عصرنا بايلولة الوقف للعتقاء وسقوط حق الزوجة غير مصيب لان استحقاق العتقاء مشروط بانقراض جميع من صدر بهم اذ الضمير فى قوله فاذا انقرضوا كالضمائر قبله فى قوله ثم من بعد كل منهم على أولاده الى آخره يعود على الجميع الشامل للزوجة وعلى فرض ان تكون المشاركة قيدا فلا وجه لاعتبارها والغاء ماذكره بعدها من قوله يستقل به الواحد اذا انفرد الخ مع ما هو مصرح به فى كتب المذهب كالخصاف وغيره من انه اذا وقعت المعارضة فى شروط الواقفين فالتعويل على الاخير وهذا أعنى ماذكرناه من التعويل على الاخير تبعا لما ذكره الخصاف يبتنى على تسليم تحقق المعارضة والا فالمعارضة منتفية لان انفهام التقييد من المشاركة بعد فرض تسليمه يبتنى على اعتبار مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة فى كلام الناس فى ظاهر المذهب كالادلة كما فى الاشباه من كتاب القضاء قال وماذكره محمد فى السير الكبير من جواز الاحتجاج به خلاف المذهب انتهى ثم رأيت بخط شيخنا ان العلامة قاسما استدل بكلام الخصاف على ان العمل بمفهوم المخالفة باطل قال واقره عليه فى لسان الحكام واما مفهوم التصنيف فحجة ذكره الحموى وغيره كابن الشحنة معللا بأن المفهوم فى كلام الاصحاب مقصود ولا يقال يرد على عدم اعتبار مفهوم المخالفة قولهم شرط الواقف كنص الشارع فى العمل والمفهوم والدلالة لانا نقول ليس المراد بالمفهوم مفهوم المخالفة بل ما يفهم من حيث المنطوق ثم رأيت فى الخصاف ما هو نص فى الحادثة حيث قال اوصى بأن يجرى لزيد وعمرو من ثلث ماله فى كل شهر كذا من الدراهم لكل واحد منهما ما عاشا فمات احدهما لا تبطل وصية الباقى منهما بموت الآخر بل تبقى على حالها انتهى ملخصا وصرح بأن الوقف قياس الوصية فكما لا يسقط حق الباقى منهما بموت الآخر لعدم اعتبار مفهوم قوله ما عاشا فكذا لفظ المشاركة لا يعتبر مفهومه أيضا (تتمة) الوقف المشروط فيه ترتيب الطبقات ورد نصيب من يموت الى ولده الخ تنتقض القسمة فيه بانقراض الطبقة ويقسم الريع

بعد الصحة (ولا يقسم وان وقف على أولاده) أى اذا قضى قاض بجواز وقف المشاع ونفذ قضاؤه وصار متفقا عليه

على الموجودين من الطبقة الثانية بالسوية بينهم ويبطل شرط رد نصيب الميت الى ولده الخ فاذا مات
واحد من البطن الثانى يعمل بهذا الشرط بأن يعطى نصيبه لولده وان سفل ان كان والا فلاخوته واخواته
الخ وهكذا كلما انقرضت طبقة اخرى تنقض القسمة وتستأنف على رؤس الموجودين من الطبقة التى تلى
المنقرضة ويبطل العمل بهذا الشرط فيشترط للعمل به عدم انقراض الطبقة نص على ذلك الخصاف ولا فرق
فى نقض القسمة بانقراض الطبقة بين ان يكون العاطف واوا او ثم وما فى الاشباه من الفرق بينهما ردّه
المقدسى ثم رأيت فى الفتاوى الخيرية انه جزم بعدم نقض القسمة فيما اذا كان العاطف ثم ولم يحك خلافا
واعلم ان المراد بالطبقات فى قول الواقفين فان مات عن غير عقب ولم يكن له اخوة ولا اخوات فلاقرب
الطبقات طبقات الاستحقاق الجعلية لا طبقات الارث النسبية كما فى انسان عين اليقين فى بيان مراد
الواقفين للشرنبلالى وذكره الشرنبلالى رحمه الله تعالى أيضا فى رسالته الاخرى سماها الابتسام معزيا
لابن الفرس صاحب الفواكه البدرية وكذا الحانوتى فى فتاواه وكذا العلامة صلاح الدين تلميذ ابن
الهمام محمد بن محمد الطرابلسى استاذ احمد بن يونس شارح الكنز وكذا ابن يونس المذكور فى فتاواه بخط
حفيده نقل كلام ابن الفرس وأقره واثنى عليه ويؤيده ان الخصاف صرح فى باب الوقف على أقرب
الناس بأن استحقاق الوقف ليس مبنيا على الانساب وانما هو مبنى على ما جعله الواقف قال شيخنا
ولا يجوز حملها اى ال على الجنس اى جنس الطبقات الشامل للطبقات النسبية لما صرح به فى خلع فتح
القدير من ان حملها على الجنس مشروط بعدم امكان العهد الخ وهذا اعنى عدم اعتبار القرب النسبى
ليس على اطلاقه بل مقيد بغير الموقوف عليه كما فى الفتاوى الخيرية حيث صرح بما يفيد ذلك
فى السؤال واقره عليه فى الجواب ومنه يعلم جواب حادثة سئل عنها الفقير وهى ان الموقوف عليه توفى
ولم يعقب فرعا ولا اخوة ولا أخوات عن امه الموقوف عليها أيضا وعن عتيقة موقوف عليها ايضا وقد
شرط الواقف ان من مات عن غير عقب وعن غير اخوة وأخوات فلاقرب الطبقات للمتوفى فأجبت بان
حصة المتوفى تنتقل لامه ولا تشاركها العتيقة لان الام ترجحت اذ قد اجتمعت فيها جهتا استحقاق بخلاف
العتيقة لانها وان شاركت الام فى ان كلا منهما من طبقة المتوفى الا ان الام تميزت عنها بالقرب النسبى
وقد عرفت انه يعتبر فى جانب الموقوف عليه (قوله وطلب شريكه) المالك او الواقف الآخر او ناظره
ان اختلفت جهة وقفهما درر عن قارى الهداية (قوله وقالا يقسم) أى بين المالك والشريك ولهذا قال فى
التنوير وشرحه ولا يقسم الا عندهما اذا كانت القسمة بين الواقف وشريكه وبه أفتى قارى الهداية وغيره
وأما قسمته بين المستحقين فلا تجوز بالاجماع ولهذا قال الشارح وأجمعوا ان الكل لو كان وقفا على
الارباب فأرادوا القسمة لا يقسم الخ ولو وقف نصف عقار كله له فالقاضى يقسمه مع الواقف وبعد موته
لو رثته ذلك فيفرز القاضى الوقف من الملك ولهم بيعه أفتى به قارى الهداية واعتمده فى المنظومة المحبية در
ولو وقف دارا على سكنى اولاده وفيهم مقاصير كان له ان يسكن بزوجته وهى بزوجها فان لم يكن فيها
ذلك لا يستقيم ان يقسم ولا ان يقع فيها مهايأة وبهذا يعرف انه لو سكن بعضهم فلم يجد الآخر موضعا
يكفيه ليس له اجر حصته بل ان أحب ان يسكن معه بلا زوجة او زوج فعل والا تركه المتضيق بحر
عن الخصاف وهذا لا ينافى ما قدمناه من ان أحد الشريكين لو اشغل الوقف كله بالغلبة بدون اذن الآخر
فعليه اجر حصة الشريك لانه مفروض فيما اذا لم يبق الساكن للآخر ما يمكنه السكنى فيه ولو بنفسه بدون
زوجة أو زوج بخلاف ما هنا ثم اعلم ان قوله فى البحر ولا ان يقع فيها مهايأة يحمل على ما اذا طلب الخارج
المهايأة وامتنع الساكن لا يجبر على المهايأة واذا لم يمتنع فلا مانع من جوازها اتفاقا وكان الاولى فى كلام
الشارح تقديم قوله عند أبى حنيفة على قوله ويتهايؤن لانه متعلق بقوله لا يقسم على انه فى الدر نقل عن
القنية ما يفيد ان لاحد الشريكين طلب المهايأة ولو بدون رضا الآخر وقد تقدم الكلام على ما يتعلق
بالمهايأة صدر كتاب الشركة (قوله وأرادوا القسمة لا يقسم) مقتضاه عدم جواز القسمة وان اتفق الكل

عليها

وطلب شريكه القسمة لا يقسم
ويتهايؤن عند أبى حنيفة وقالا يقسم
واجمعوا ان الكل لو كان وقفا على
الارباب فارادوا القسمة لا يقسم كذا
فى البحر (و) اذا وقف

عليها وليس كذلك ففى البحر عن الاسعاف لو قسمه الواقف بين أربابه ليزرع كل واحد منهم نصيبه
وليكون المزروع له دون شركائه توقف على رضاهم ولو فعل اهل الوقف ذلك فيما بينهم جاز ولمن أبى
منهم بعد ذلك ابطاله انتهى ويمكن ان يكون المراد من قوله لا يقسم اجماعا فى القسمة التى يترتب عليها
عدم جواز النقض لا يقال قول الاسعاف ولمن أبى منهم بعد ذلك ابطاله مناف لما قدمناه صدر كتاب
الشركة عن السراج حيث قال ليس لنا عقد لازم يفسخ بالتماس عقد آخر الا المهايأة عند طلب القسمة
اذ تقييد فسخها بطلب القسمة يشعر بانها لا تفسخ عند عدم تصور القسمة ما لم يتفقا لانا نقول اذا تعينت
المهايأة طريقا للانتفاع كل من الشريكين لعدم تصور القسمة كما اذا كان المشترك سكنى دار الوقف
لا تفسخ بطلب أحدهما اذا امتنع الآخر بخلاف ما هنا فان انتفاع الشركاء بزراعة الارض لا يتوقف
على المهايأة فتدبر (قوله ويبدأ من غلته الخ) والمستحق من العمارة بقدر ما يبقى الموقوف بها على الصفة
التى وقف عليها والتقييد بالعمارة يقتضى منع البياض والحمرة على الحيطان ان لم يكن فعله الواقف ثم
انما تكون العمارة من مال الوقف اذا لم يكن الخراب بصنع المستأجر كما اذا جعل رواق الدار مربطا
للدواب فخرب بسببه فانه يضمن واتفقوا ان القيم لو استأجر اجيرا للعمارة بدرهم ودانق وأجر مثله درهم
يضمن جميع ما نقد لان الاجارة وقعت له لا للوقف وتقطع الجهات الموقوف عليها من العمارة الا ما يخاف
بقطعه ضرر كالامام والخطيب والمؤذن والوقاد والملا ومدرس المدرسة فيعطون المشروط لهم اما الناظر
والشاد والجابى والكاتب فانما يستحقون اذا عملوا زمن العمارة بقدر أجرة عملهم بقى ان تقديم ما ذكر هل
هو على اطلاقه او مقيد بما اذا لم يشرط الواقف الاستواء عند الضيق فيه كلام يعلم بمراجعة النهر وما قطع
للعمارة يسقط رأسا ولو صرف للمستحقين مع الحاجة للتعمير ضمن وينبغى ان لا يرجع على المستحقين بما دفعه
اليهم لانه بالضمان تبين انه دفع مال نفسه وأنه متبرع كذا فى البحر وخالفه فى النهر وقال له الرجوع
ما دام قائما الا ما اذا هلك انتهى وأقول صريح كلام البيرى فى حاشية الاشباه يفيد ان له الرجوع مطلقا ولو
بعد الهلاك لانه بعد ان نقل عن الملتقطات ما محصله ان الانسان اذا دفع لغيره دراهم ثم أراد الاسترداد
لتبين ان الدفع اليه كان بغير حق ان أدى اليه بناء على شرط باطل رجع وان أدى بناء على سبب صحيح
لم يرجع انتهى قال فلا ريب ان دفعه مع الاحتياج للعمارة ليس السبب فيه بصحيح فله الرجوع انتهى
(تتمة) سئلت عن قاض قضى بأيلولة وقف الى جهات معينة فقبض نظار تلك الجهات ريعه وصرفوه
حسب شرط واقفه ثم ظهر عدم صحة هذا الحكم بمقتضى ان الواقف اشرك شخصا مع ذريته فنقض الثانى
حكم الاول فهل لهذا الشخص الرجوع على النظار بما قبضوه فى المدة الماضية فأجبت بانهم لا يضمنون
أخذا مما فى البحر عن القنية أمر القاضى المتولى بفعل شئ ففعله ثم تبين انه أى امر القاضى ليس بشرعى لم
يضمن وكذا ما سبق عن البيرى معزيا للملتقطات يفيد عدم الضمان أيضا لان قبضهم استند الى سبب صحيح
وهو قضاء القاضى وان تبين بعد ذلك عدم صحته (قوله بلا شرط من الواقف) لان قصد الواقف صرف
الغلة دائما ولا يبقى الا بالعمارة فيثبت ابتداء من غير شرط زيلعى (قوله على من له السكنى) لانه هو المنتفع بها
والغرم بالغنم فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها على الموصى له بالمنفعة زيلعى ولو لم يرض بالعمارة ولم
يجد القاضى من يستأجرها يخير بين ان يعمرها أو يردها الورثة الواقف كذا فى الفتح قلت فلو كان هو
الوارث لم أره وفى فتاوى قارى الهداية ما يفيد استبداله او رد ثمنه للوارث أو للفقراء كذا فى الدر والذى
ارتضاه فى البحر انها تستبدل وأما ما قيل انها ترد الى الواقف او الى ورثته فضعيف وكلام المصنف يعطى
ان كل من له الاستغلال لا عمارة عليه لانه ليس له السكنى فلو سكن هل يلزمه الاجرة الظاهر لا لعدم
الفائدة الا اذا احتيج للعمارة فيأخذها المتولى ليعمر بها ولو هو المتولى ينبغى ان يجبره القاضى على عمارتها
مما عليه من الاجر فان لم يفعل نصب متوليا ليعمرها ثم هل لمن له السكنى الاستغلال أم لا نقل فى النهر عن
فتح القدير ان من له السكنى ليس له الاستغلال وكذا من له الغلة ليس له السكنى وقد أوضح ابن الشحنة

(ز) ويبدأ من غلته بعمارته بلا شرط
من الواقف (ولو) كان الوقف (دارا
فعمارته على من له السكنى

المسئلة فى شرح قوله

ومن وقفت دار عليه فاله * سوى الاجر والسكنى فاته قرر

فقال مسئلة البيت من التجنيس والخاصى وقف منزلا على ولديه فأرادا السكنى لم يكن لهما ذلك لان حقهما فى الغلة انتهى وفى الظهيرية فى الوصية بغلة داره لرجل تؤجر وتدفع اليه غلاتها فان أراد السكنى بنفسه قال أبو بكر الاسكاف له ذلك وقال أبو القاسم وأبو بكر بن سعيد ليس له ذلك وعليه الفتوى والوصية أخت الوقف فعلى هذا يكون الفتوى فى الوقف على هذا بل أولى لانه لم ينقل فيه اختلاف المشايخ انتهى وهذا من حيث الرواية مسلم أما من جهة الفقه فيظهر الفرق بان الوصية انما هى بالغلة فبالسكنى يفوت مقصود الموصى بخلاف ما اذا وقف عليه فانه أعم من كون الانتفاع بالغلة او بالسكنى فينبغى ان يجرى الخلاف فى الوقف بالاولى وما قيل من أنه لو جوز له السكنى ربما لا يعمرها فتهدم بخلاف ما اذا قصرنا حقه على الغلة فان العمارة مقدمة لا ينهض لان القاضى يلزمه بالعمارة أو يؤاجرها شيخنا عن ابن الشحنة تلميذ المحقق (تتمة) دار كبيرة فيها بيوت وقف بيتا منها على عتيقه فلان والباقى على ذريته ثم على عتقائه فآل الوقف الى العتقاء هل يدخل من خصه بالبيت فى الثانى اختلف الافتاء أخذا من خلاف مذكور فى الذخيرة لكن فى الخانية أوصى لرجل بمال وللفقراء بمال والموصى له محتاج هل يعطى من نصيب الفقراء اختلفوا والاصح نعم در ومنه يعلم جواب حادثة سئل عنها الفقير هى ان شخصا أرصد علوفة على عتقائه وعياله وله زوجة هى فى الاصل من عتقائه فأجبت بانها تعطى من جهتين من جهة كونها من العتقاء وجهة كونها من العيال على الاصح (تنبيه) غرس الواقف فيما وقف أشجارا أو بنى بناء او نصب بابا ان غرس من غلة الوقف او من ماله وذكر أنه للوقف يكون وقفا ولو لم يذكر شيئا وفعل من ماله يكون ملكا له ولو غرس فى المسجد يكون للمسجد لانه لا يغرس فيه ليكون ملكا الخ ما ذكره فى الاسعاف من الفصل الثالث وذكر فى الاشباه صدر كتاب الوقف حكم ما اذا كان البانى هو المتولى أو غيره فليراجع (قوله ولو أبى الخ) فلا يجبر الممتنع على العمارة لان فيه اتلاف ماله ولا يكون امتناعه رضا ببطلان حقه لمكان الشك ولا يصح اجارة من له السكنى لانه غير ناظر ولا مالك زيلعى وكذا دعواه الا اذا كان ناظرا كذا فى النهر وفى التنوير وشرحه من الفصل الآتى لا تملك الاجارة ولا الدعوى الا بتولية أو اذن قاض ولو الوقف على رجل معين على ما عليه الفتوى وعزاه الى العمادية وليس للقاضى ولاية الاجارة مع عدم اباء الناظر كما انه ليس له التصرف فى مال اليتيم مع وجود وصيه ولو منصوبه وفى المحيط العمارة المحدثة تكون لصاحب السكنى لان الاجرة بدل المنفعة وهى ملكه اه قال فى البحر ومقتضاه انه لو مات تكون ميراثا كما لو عمرها بنفسه فيؤمر من صارت له السكنى بعد الميت بدفع قيمة البناء الموروث اذا ضر نزعه وليس له ان يرضى بقلعه حينئذ فان أبى دفع القيمة أوجرت وصرفت الاجرة للورثة فاذا استوفوا قدر القيمة أعيدت لمن له السكنى وان كانت المرمة مثل تجصيص الحيطان أو تطيين السطح لم ترجع الورثة بشئ (قوله وصرف نقضه الى عمارته) ان لم يتعذر اعادة عينه فان تعذرت بيع وصرف ثمنه الى المرمة صرفا للبدل الى مصرف المبدل كما فى النهر عن الهداية وهو ظاهر فى ان بيعه ان امكن اعادة عينه لا يجوز وهل يفسد البيع أو يصح مع الاثم قال فى البحر لم اره وينبغى الفساد (قوله وان لم تحتج العمارة اليه) بان احضرت المؤن أو كان المنهدم لقلته لا يخل بالانتفاع نهر عن الفتح (قوله حفظه) ان لم يخف ضياعه فان خاف باعه وامسك ثمنه لعمارته عند الحاجة نهر عن الحاوى (قوله بالضم) فى النهر عن الغورى انه بالكسر لا غير (قوله ولا يقسمه الخ) لانه ليس لهم حق فى العين ولا فى جزء منه وانما حقهم فى المنافع فلا يصرف اليهم غير حقهم زيلعى وكذا ينبغى ان لا يقسم ثمنه ايضا لو باعه لما قلنا نهر (قوله صح عند أبى يوسف ومشايخ بلخ وعليه الفتوى) ترغيبا للناس فى الوقف عينى وعرف منه صحة اشتراط بعضها بالاولى نهر وسيصرح به الشارح ولا يجوز على قياس قول محمد ووجهه ان التقرب بازالة الملك واشتراطه

ولو ابى) أى الموقوف عليه وهم السكان عن العمارة (أو عجز عمر الحاكم) بأن اجرها وعمرها (باجرته) فاذا عمرت ردها الى من له السكنى (وصرف) الحاكم (نقضه الى عمارته ان احتيج) الى النقض (والا) أى وان لم تحتج العمارة اليه (حفظه ليحتاج) فيصرفه فيها والنقض بالضم وبالكسر البناء المنقوض (ولا يقسمه) أى النقض (بين مستحقى الوقف وان جعل الواقف غلة الوقف لنفسه) فى حياته صح عند أبى يوسف ومشايخ بلخ وعليه الفتوى ولا يجوز على قياس قول محمد وبه قال الشافعى

الغلة أو بعضها يمنع ذلك فكان باطلا كالصدقة المنفذة ولابى يوسف ما روى انه عليه الصلاة والسلام كان يأكل من وقفه ولا يحل ذلك الا بالشرط فدل ذلك على جوازه وعلى هذا الخلاف اذا شرط الكل أو شيئا منه لمدبريه أو امهات اولاده عينى تبعا لما رجحه فى الهداية والمجتبى والذى فى عامة الكتب ترجيح صحة اشتراط الغلة أو بعضها لمدبريه أو امهات اولاده اتفاقا شيخ شاهين وكذا لو جعل الغلة لامائه أو عبيده فانه يجوز عند أبى يوسف وعليه الفتوى ذكره فى الاسعاف (قوله والخلاف فيما اذا شرط البعض الخ) لا فرق بين كونه معينا كالنصف والربع اولا كقوله على ان تقضى منه ديونى وما فضل بعد ذلك يكون للفقراء نهر ثم اعلم ان من فروع اشتراط الغلة أو بعضها لغيره كمدبريه وامهات اولاده ما اذا شرط ذلك لزوجته ما دامت عزبا فتزوجت بطل حقها ولا يعود وان طلقت الا ان ينص على العود اخذا مما فى الدرر عن الخزانة وقف على بنى فلان ممن تعلم العلم فترك بعضهم ثم اشتغل به فلا شئ له الا ان شرط انه لو عاد فله فليحفظ وفيه عن الوهبانية قضى بدخول ولد البنت بعد مضى سنين فله غلة الآتى لا الماضى لو مستهلكة اه بخلاف ما اذا شرط الواقف ان من مات من الموقوف عليهم انتقل نصيبه الى ولده أو ولد ولده فمات عتيق عن بنته فجحدت الناظرة وهى بنت الواقف نسبها واستمرت تستغل نصيب البنت لنفسها ثم ان المستحقة اثبتت نسبها بالبينة الشرعية فانها تستحق الماضى ايضا وتلزم به الناظرة كالمستقبل سواء كانت غلة الماضى قائمة فى يد الناظرة أو مستهلكة لان المستحقة استحقاقها ثابت بشرط الواقف من حين مات اصلها وما هنا ولد البنت قبل ان يقضى له بالاستحقاق غير مستحق فى الوقف على ولد الواقف على ما هو المفتى به الخ ما نقله شيخنا عن الفتاوى الخيرية واعلم ان الخلاف فى دخول ولد البنت محله ما اذا كان الولد او الاولاد مضافا الى ضمير الواقف كما اذا وقف على ولده أو اولاده اذ لا فرق فيه بين المفرد والجمع اما اذا وجدت الاضافة الى ضمير الاولاد كقوله ثم على اولادهم ونحوه فلا خلاف فى دخول اولاد البنات حينئذ وان رمت ايضاح ذلك فعليك بالفتاوى الخيرية وما يناسب ذكره فى هذا المقام سؤال رفع للعلامة الحموى واجاب عنه وهو ان رجلا انشأ وقفا على ابنته خديجة وزوجته معتوقته حسن وعلى من سيحدثه الله له من الاولاد ذكورا واناثا بالسوية بينهم ثم من بعد كل منهم لاولاده واولاد اولاده الخ ولم يشترط الواقف المذكور بعد خديجة لاولادها ولا لذريتها شيئا فمات الواقف ولم يحدث له اولاد فهل اذا ماتت خديجة وخلفت بنتا تدخل فى الوقف اولا لعدم الشرط فى ذلك ولكونها بنت احد عتقاء الواقف اولا تدخل فى الوقف الا بعد موت ابيها حكم شرط الواقف فاجاب بما نصه لا تدخل بنت خديجة فى قوله ثم من بعد كل منهم لاولاده لان ضميرمنهم عائد على الاولاد الذين سيحدثهم الله للواقف ولو اراد دخولها لقال ثم من بعد كل منهما اى من بعد خديجة ومن سيحدثه الله له من الاولاد كما هو والقاعدة فيما اذا وقع ضمير بعد مفرد وجمع فانه يؤتى بضمير التثنية كما فى قوله تعالى اولم ير الذين كفروا ان السموات والارض كانتا رتقا ففتقناهما ويؤيد ذلك ان للواقفين غرضا صحيحا فى عدم دخول اولاد البنات فى اوقافهم لانهم لا ينسبون اليهم وانما ينسبون الى آبائهم ونسبة اولاد فاطمة رضى الله عنها الى النبى صلى الله عليه وسلم خصوصية لها ومن ثم كان اولاد البنات لا يدخلون فى الوقف على الاولاد واولاد الاولاد ولو ذكر عشر بطون فى ظاهر الرواية وحينئذ فالوقف بعد خديجة ينتقل الى العتقاء دون بنتها لكن حيث كان أبو البنت من العتقاء تدخل فى اولاد العتقاء بعد موت ابيها انتهى وتعقبه شيخنا بانه يلزم على ما ذكره الحموى اهمال خديجة اذ لا يشملها حينئذ قوله بالسوية بينهم يتمتعون به ما شاؤا مع ان هذا نص فى مساواتها لهم فى الاستحقاق وفى عموم مشيئة الانتفاع فيكون الضمير فى قوله ثم من بعد كل منهم عائدا عليها ايضا على ما هو المعروف من تغليب المذكر على المؤنث وقصر رجوع ضمير منهم على الجمع دون المفرد الذى معه غير معروف عند النحاة والفقهاء اذ فى الخصاف نظائره مع كون ضمير الجمع عائدا على المفرد والجمع ذكره فى باب الرجل يجعل ارضه موقوفة على ولده وولد ولده وفى باب الرجل يقف الارض على نفسه ومن بعده على المساكين حيث قال فى اثناء كلامه او قال على نفسى ومن بعدى على

والخلاف فيما اذا شرط البعض لنفسه فى حياته وبعد موته للفقراء وفيما اذا شرط الكل لنفسه فى حياته وبعد موته للفقراء سواء

(أو) جعل (الولاية اليه صح) الوقف والشرط عند أبى يوسف وهو ظاهر المذهب

فلان وولده وولد ولده ونسله ابدا ما تناسلوا فاذا انقرضوا فهى موقوفة على الفقراء فقد اتى بضمير الجمع بعد مفرد وجمع دون ضمير التثنية واستدلاله بالاية على عدم دخول بنت خديجة بعده وتهاغير ناهض لان تثنية الضمير لكون المراد جماعة السماوات وجماعة الارض قال فى الكشاف وانما قيل كانت رتقا دون كن لان المراد جماعة السماوات وجماعة الارض وتبعه البيضاوى وقال أبو السعود أى جماعة السماوات والارضين كما فى قوله تعالى ان الله يمسك السماوات والارض ان تزولا فأفادوا ان الاصل فى هذا جمع الضمير وان العدول عنه الى التثنية لارادة الجمع من كل منهما لان ضمير الجمع يعود على جميع الافراد المتقدمة وعوده الى البعض دون البعض انما يكون بقرينة وهو خلاف الاصل والتأييد الذى ذكره ساقط ووجهه أن عدم دخول اولاد البنات فى الوقف على الاولاد واولاد الاولاد فى ظاهر الرواية فيما اذا كانت اولاد الاولاد مضافة الى الوقف نفسه اما اذا كانت مضافة الى الاولاد ومنه الحادثة حيث قال ثم من بعد كل منهم لاولاده أى لاولاد كل من خديجة ولاولاد كل ممن سيحدثه الله له من الاولاد فقد دخل فيه اولاد البنات نصا من غير خلاف فلا يصح التعويل على الغرض مع وجود النص على خلافه الخ (تتمة) شرط ان ينفق على نفسه وولده وحشمه وعياله من غلة هذا الوقف فلما جاءت الغلة باعها وقبض الثمن ثم مات قبل ان ينفق ذلك يكون لورثته نهر عن الخصاف وقد استفيد من كلام الخصاف ان المراد بغلة الوقف ما هو الاعم بدليل ذكر البيع وقبض الثمن لاما يتوهم من خصوص النقدين فان قلت ما الفرق بين الحشم والعيال قلت نقل فى التتارخانية عن هلال انه بمنزلة العيال وقيل ان الحشم اعم يقال للسلطان حشم كثير الاان مؤلف الكتاب وضع المسئلة فى اوساط الناس فلهذا سوى بين العيال والحشم انتهى فعطف العيال على الحشم فى كلام الخصاف على الاول عطف تفسير وعلى الثانى من عطف الخاص على العام والعيال كما فى الاسعاف كل من كان فى نفقته وان لم يكن ذا رحم محرم (قوله أو جعل الولاية اليه) واذا لم يشترطها كان له الولاية أيضا عند أبى يوسف وهو ظاهر المذهب خلافا لمحمد بناء على اشتراط التسليم نهر بقى ان يقال لو شرط لنفسه الادخال والاخراج هل يسقط بالاسقاط صرح فى البحر بأنه يسقط ورأيت بخط شيخنا ما نصه مال فى الاشباه ورسالة ما يبطل من الحقوق بالاسقاط الى عدم سقوط حقه من شرط الادخال والاخراج (قوله صح الوقف والشرط عند أبى يوسف الخ) مقتضاه عدم الصحة عند محمد وبه صرح الشيخ قاسم فى بعض رسائله بقوله لان المنقول ان اشتراطها يفسد الوقف عند محمد كما فى الذخيرة وذكر ان دعوى الزيلعى الاجماع على صحة الوقف مع اشتراطه الولاية لنفسه لا يصح وقول الزيلعى لا يقال كيف يكون هذا قول محمد مع ان التسليم شرط عنده لانا نقول هذا لا ينافى لانه يمكن ان يسلمه اليه عنده اذا شرط الولاية لنفسه لان شرطه يراعى تعقبه الشيخ قاسم بأنه بعد ما سلمه ليس له ولاية عزله وبما ذكره شيخ الاسلام من ان شرط الواقف كنص الشارع فى الدلالة والفهم لافى وجوب العمل به خلافا لما يظهر من قوله ان شرطه يراعى لاقتضائه وجوب العمل به كالنصوص ثم رايت فى القهستانى ما محصله ان محمدا لا يشترط التسليم مطلقا بل هو مقيد بما اذا لم يشترط الواقف الولاية لنفسه وعزاه للنهاية ومنه يعلم ان ما ذكره الزيلعى من صحة الوقف مع اشتراطه الولاية لنفسه بالاجماع صحيح وما ذكره الشيخ قاسم ساقط وحينئذ فلا حاجة لما تكلفه الزيلعى من قوله لا يقال الخ وظهر أيضا عدم تسليم ما سبق عن الذخيرة من ان اشتراط الواقف الولاية لنفسه يفسد الوقف عند محمد لانه يبتنى على ما توهمه من ان اشتراط التسليم عند محمد على اطلاقه فان قلت مقتضى قوله لان المنقول الخ أى عن محمد قلت يحتمل ان يكون معناه أى المنقول عن المشايخ بناء على ما فهموه من كون التسليم شرطا عند محمد مطلقا وعلى التسليم فنقول يندفع التنافى بالحمل على اختلاف الروايتين عنه فلا يكون ما فى الذخيرة منافيا لما ذكره القهستانى لحصول التوفيق بما ذكرناه بان يقال ما ذكره القهستانى بالنسبة لاحدى الروايتين عن محمد وما ذكره فى الذخيرة بالنسبة للرواية الاخرى عنه ثم اعلم انه ليس كل شرط يتبع لانهم استثنوا

من

(وينزع لو خائنا) أى لو شرط الواقف الولاية لنفسه وكان منهما غير مأمون على الوقف فللقاضى ان يخرجه من يده (كالوصى) اذا كان خائنا

من قولهم شرط الواقف يجب اتباعه مسائل كما فى الاشباه الاولى ما سيأتى فى المتن من ان الخائن ينزع وان شرط الواقف ان لا ينزع الوقف من يده الثانية لو شرط ان لا يؤجر وقفه أكثر من سنة والناس لا يرغبون فى استئجاره سنة او كان فى الزيادة نفع للفقراء فللقاضى المخالفة دون الناظر الثالثة شرط ان يقرأ على قبره فالتعيين باطل الرابعة شرط ان يتصدق بفاضل الغلة على من يسأل فى مسجد كذا كل يوم لم يراع شرطه فللقيم التصدق على سائل غير ذلك المسجد أو خارج المسجد او على من لا يسأل الخامسة شرط للمستحقين خبزا او لحما معينا كل يوم فللقيم دفع القيمة من النقد السادسة تجوز الزيادة من القاضى على معلوم الامام ان كان لا يكفيه وكان عالما تقيا السابعة شرط عدم الاستبدال فللقاضى الاستبدال اذا كان أصلح وقوله فللقاضى يشير الى ان غير القاضى لا يملكه وكذا بدون الشرط لا يملكه الا القاضى كما فى التنوير وقوله اذا كان أصلح يشير الى عدم اشتراط خروج الوقف عن الانتفاع وهو قول أبى يوسف والعمل عليه خلافا لمحمد كما قدمناه واذا وجد الاستبدال صار البدل كالاول فى شروطه ثم رأيت بخط الجد نقلا عن خط الشوبرى معزيا للذخيرة ما نصه سئل الحلوانى عن الوقف اذا تعطل وتعذر استعماله هل للمتولى بيعه ليشترى غيره قال نعم قيل فان لم يتعطل ولكن يؤخذ بثمنه ما هو خير منه قال لا ومن المشايخ من لم يجوز بيعه تعطل أو لم يتعطل وهكذا فتوى شمس الائمة السرخسى اه بقى ان يقال ما سبق عن الاشباه من انه اذا شرط ان يقرأ على قبره فالتعيين باطل مبنى على قول أبى حنيفة رضى الله عنه من كراهة القراءة على القبور فلهذا ابطل التعيين والصحيح والمختار للفتوى قول محمد فيلزم التعيين الخ ما فى حاشية الاشباه معزيا للبحر وغيره وفى الدر من كتاب الوصايا قبيل باب الوصية بالخدمة والسكنى ذكر ما نصه وحرر فى تنوير البصائر انه يتعين المكان الذى عينه الواقف لقراءة القرآن وللتدريس فلو لم يباشر فيه لا يستحق المشروط له وفى شرح المنظومة بالمباشرة فى غير المكان الذى عينه الواقف يفوت غرضه من احياء تلك البقعة الخ (تتمة) تقرير الباشا فى الوظائف مع وجود القاضى يجوز بخلاف القضاء حموى عن الغزى ولا فرق فى صحة التقرير بين المنجز والمعلق كقوله ان شغرت وظيفة فلان قررتك فيها واذا فرغ شخص لشخص آخر عن وظيفته لا يثبت الحق للمفروغ له الا اذا قرره القاضى حتى قالوا يجوز للقاضى تقرير غير المفروغ له وما ذكره الشيخ قاسم مما يقتضى خلاف ذلك مردود (قوله وينزع لو خائنا) أى يجب على القاضى نزعه اذا كان غير مأمون على الوقف نهر فقول الشارح فللقاضى ان يخرجه من يده ليس على ما ينبغى وكان الظاهر ان يقول فعلى القاضى الا ان يقال ان اللام بمعنى على كما فى قوله تعالى وان أسأتم فلها وكذا ينزع لو عجز عن القيام بأمر الوقف أو ظهر به فسق كشرب الخمر أو كان يصرف مال نفسه فى الكيمياء ومن الخيانة بيعه للوقف بلا مسوغ وظاهر الذخيرة انه لا بد من هدم المشترى البناء حيث قال فان باع بعض الوقف لترميم الباقى فالبيع باطل فان هدم المشترى البناء ينبغى للقاضى عزله لانه صار خائنا والظاهر الاطلاق لما فى القنية باع شيئا منه أو رهنه فهو خيانة كذا فى النهر قلت لا مخالفة بينهما لان ما ذكره فى الذخيرة صريح فيما اذا بيع البعض لترميم الباقى وتقدم انه جائز عند البعض وان كان خلاف الراجح فكان هدم المشترى شرطا وأما ما فى القنية فانه ظاهر فيما اذا كان البيع لا لهذا الغرض فلهذا استحق العزل قبل هدم المشترى ومن الخيانة امتناعه من العمارة كما فى النهر عن الخصاف وعبارة الخصاف فان ترك عمارته وفى يده من غلته ما يمكنه ان يعمره يجبره القاضى على عمارته فان فعل والا أخرجه من يده ومثله فى الاسعاف ففى عبارة النهر قصور وقد يقال ان كلامه يتضمن ذلك لان الامتناع من العمارة يستدعى سابقة الامر بها بقى ان يقال مقتضى التقييد بالخائن ان غير الخائن لا يعزل ولو عزله بلا خيانة لا يصير الثانى متوليا سواء كان النظر مشروطا أو كان منصوب القاضى وما فى الاشباه من انه يصح عزله بلا خيانة اذا كان منصوب القاضى وعزاه فى البحر الى القنية تعقبه المرحوم الشيخ شاهين بأنه مخالف للمنصوص عليه فى الفصل الاخير من جامع الفصولين ونصه اذا كان للوقف متول من جهة الواقف او من

(وان شرط) الواقف (ان لا ينزع) الوقف من يده

جهة غيره من القضاة لايملك القاضى نصب متول آخر بلاسبب موجب لذلك وهو ظهور خيانة الاول
اوشئ آخر انتهى ثم قال بعد نقله فليكن مافى جامع الفصولين مقدما على مافى القنية انتهى وكذا الشيخ
خير الدين اطلق فى عدم صحة عزله بلا خيانة وان عزله مولانا السلطان فعم اطلاقه مالو كان منصوب
القاضى (تتمة) الاستحقاق المشروط كالارث لا يسقط بالاسقاط كما فى حاشية الاشباه للسيد الحموى
معزيا الى فتاوى قاضيخان قائلا وهذا مما يجب القطع به خلافا لما فى الاشباه من انه يصح مدة حياة
المسقط ولهذا قال فى التنوير من فصل اقرت الحرة المكلفة الخ اقر المشروط له الربع انه يستحقه فلان
دونه صح ولو جعله لغيره لا يصح وكذا المشروط له النظر على هذا انتهى وذكر قاضيخان من كتاب الشهادات
ان الحق فى الوقف يخالف حق الشفعة فاذا قال ابطلت شفعتى بطلت ولو قال المستحق فى الوقف ابطلت
حقى كان له ان يطلب ويأخذ بعد ذلك انتهى ملخصا وهذا باطلاقه شامل للاستحقاق الغير المشروط بان
آل اليه الاستحقاق فى الوقف بالتقرير ممن له ولاية ذلك كالقاضى والناظر المشروط له التقرير فان قلت
فعلى هذا لافرق فى الاستحقاق بين المشروط وغيره قلت الفرق بينهما ثابت من حيث ان الاستحقاق
المشروط لا يسقط بالاسقاط مطلقا ولو بين يدى القاضى لشخص معين بخلاف الغير المشروط اذا أسقطه
بين يدى القاضى فانه يسقط وللقاضى تقرير غير المفروغ له وللمفروغ له الرجوع على الفارغ بالعوض
وان قرره القاضى لعدم صحة الاعتياض عن الوظائف ونحوها وعلى القول باعتبار العرف الخاص
لا يرجع وبه افتى بعضهم (تكميل) اذا عزل الناظر او جن انعزل وكيله لتصريحهم بأنه يشترط لدوام
الوكالة ما يشترط لابتدائها كما فى وكالة البحر (تنبيه) سئلت عن ولاية التصرف فى الوقف هل هى لناظره
الاصلى استقلالا دون الحسبى فأجبت بما فى الدر عن النهر نقلا عن افتاء أخيه انه ان ضم اليه الخيانة
لم يستقل ولا فله ذلك قال وهو حسن انتهى وذكر فى البحر ان تولية القاضى ناظر حسبة يجوز ان طلب
الاصلى ذلك او شكا ارباب الوظائف من امانته انتهى بمعناه (قوله وان شرط ان لا ينزع) لانه شرط مخالف
لحكم الشرع فيبطل (تتمة) لايجعل الناظر من الاجانب الا اذا لم يوجد من بيت الواقف من يصلح
لذلك نهر يعنى لا يحل للقاضى جعل القيم من الاجانب مع وجود من يصلح من بيت الواقف فان جعل
صح مع الاثم لتصريح علمائنا بان ولاية النصب الى القاضى اذا مات المتولى ولم يوص الى احد كذا ذكره
شيخنا وهذا ان لم يكن الواقف حيا فان كان فولاية النصب اليه لا للقاضى وكذا وصى الواقف أولى من
القاضى أيضا كما فى العمادية ونصه ذكر فى الصغرى اذا مات المتولى والواقف حى فالرأى فى نصب قيم آخر
الى الواقف لا الى القاضى فان كان الواقف ميتا فوصيه اولى من القاضى فان لم يكن اوصى الى احد
فالراى فى ذلك للقاضى كذا بخط شيخنا ايضا ولو جعل النظر للارشد فالارشد فاستوى رجلان
فى الارشدية هل يستحقان النظر ويكون ما عينه الواقف من المعلوم بينهما نقل الغزى صاحب
التنوير فى معين المفتى عن ابى السعود مفتى الروم انهما يستحقانه معا ويشتركان فى معلومه فان
صيغة الافضل تنتظم الواحد والمتعدد وتعقبه شيخنا بأن ماذكر من الاشتراك ظاهر فيما اذا استويا سنا
فلو كان احدهما اكبر سنا فانه يرجح على الآخر كما فى انفع الوسائل عن الخصاف ومثله فى النهر عن
الاسعاف اه وهل اذا استويا فى الرشد والسن وكان احدهما ذكرا يرجح بالذكورة أو يشتركان لم اره بقى
مالو استحق النظر بالشرط واراد اقامة غيره مقامه فى حياته وصحته ان كان التفويض له بالشرط عاما صح
ولا يملك عزله الا اذا كان الواقف جعل له التفويض والعزل والا فان فوض فى صحته لا يصح وان فى مرض
موته صح وينبغى أن يكون له العزل والتفويض الى غيره كالايصاء قال فى الاشباه وسئلت عن ناظر معين
بالشرط ثم من بعده للحاكم فهل اذا فوض النظر لغيره ثم مات ينتقل للحاكم فاجبت ان فوض فى صحته فنعم
وان فى مرض موته لا ما دام المفوض له باقيا لقيامه مقامه تنوير وشرحه (تنبيه) يقبل قول المتولى فيما
يدعيه من الصرف بلا يمين كالوصى ذكره فى الاشباه من كتاب القضاء معزيا للقنية ويخالفه ما فى الاسعاف

من

*(فصل) *لما كانت احكام هذا الفصل مخالفة لاحكام ما سبق عليه في الشروط من اشتراط التسليم الى المتولى عند محمد واشتراط الحكم للخروج عن ملكه عند أبى حنيفة ذكرها بفصل على حدة فقال (من بنى مسجدا لله تعالى لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه) أى يميزه (عن ملكه بطريقه) بأن يجعل له طريقا عاما الى المسلمين (و) حتى (يأذن بالصلاة فيه) بأن يقول للناس صلوا فيه جماعة أبدا حتى لو قال صلوا لا يزول يوما أو شهرا أو نحوه فصلوا لا يزول ملكه كذا فى الواقعات (فاذا صلى فيه واحد زال ملكه) وقال ابو يوسف يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا وفى رواية عن ابى حنيفة ومحمد تشترط الصلاة بجماعة وهو الصحيح كذا فى الكافى ويشترط مع ذلك ان تكون الصلاة بأذان واقامة

من باب اجارة الوقف حيث جعل اليمين عليه قال الحموى وماذكره المصنف هنا مخالف لما ذكره فى البحر
(فصل) فى بيان احكام المسجد والخان والمقبرة ونحوها عينى وأراد بنحوها ماسيأتى من السقاية
والرباط وجعل شئ من الطريق مسجدا وعكسه (قوله مخالفة الخ) بيان المخالفة على مذهب الامام
ان الوقف لا يخرج عن ملكه الا اذا حكم به حاكم لانه يجوز عنده كالعارية بخلاف المسجد حيث لا يشترط
له الحكم وعلى مذهب أبى يوسف انه يقول ان الشيوع لا يمنع من صحة الوقف مطلقا بخلافه فى المسجد
والمقبرة وعلى مذهب محمد انه يقول لا يتم الوقف بدون التسليم بخلاف المسجد حيث لا يتوقف تمامه على
وجود التسليم واعلم أن المراد من كون الوقف يجوز كالعارية أى انه منزل منزلة العارية لانه
عارية حقيقة أما اذا لم يسلمه الى غيره فظاهر وكذا اذا سلمه لان ذلك الغير لم يكن هو المستوفى للمنفعة ذكره
الكمال (قوله لاحكام ماسبق عليه) فيه ان سبق متعد بنفسه حموى (قوله واشتراط الحكم الخ)
ومن جوازه فى المشاع عند أبى يوسف فصار المسجد مخالفا للوقف عند الكل كما فى الزيلعى وبه يظهر ما فى
عبارة الشارح من القصور حموى فلا يتم وقف المسجد مع الشيوع مطلقا فيما يحتمل القسمة وما لا يحتمل
كالمقبرة بالاجماع (قوله من بنى مسجدا) أى مثال مسجد ولا يصح ان يقال انه مجاز باعتبار الاول كما فى
قوله تعالى أعصر خمرا الان شرط مجاز الاول أن يكون الفعل مفضيا كما فى الآية فان العصر يفضى الى
الخمرية والبناء لا يفضى الى المسجدية فكان على حذف مضاف وكان الاولى ان يقال من جعل أرضه
مسجدا ليشمل الساحة الخالية من البناء فان الحكم كذلك (قوله لله تعالى) باعتبار الغالب اذ الغالب
فى المسجد أن لا يبنى الا لله أو انه ذكر ذلك اتباعا للحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام من بنى لله مسجدا
ولو كمفحص قطاة بنى الله له بيتا فى الجنة وخص القطاة بالذكر لانها لا تقضى حاجتها مكانها اشارة الى أن
المسجد يصان عن التقذير ولو بطاهر والفحص البحث عن الشئ وقد فحص عنه من باب قطع وتفحص
وافتحص بمعنى والافحوص بوزن العصفور مجثم القطاة لانها تفحصه وكذلك المفحص بوزن المذهب
يقال ليس له مفحص قطاة شيخنا عن المختار (تتمة) اختلف فى مصلى الجنازة والعيد هل يكون له حكم
المسجد قال بعضهم يكون مسجدا حتى لو مات لا يورث (فرع) مسجد بابه على مهب الريح بحيث انه يشق
على الناس الدخول زمن المطر فللقيم أن يتخذ ظلة على بابه من غلة الوقف اذا لم يكن فى ذلك ضرر
لاهل الطريق شيخنا عن منية المفتى (فرع آخر) انهدم المسجد كله واحتيج لبنائه ووجد من الغلة ما يكفى
لبنائه والحال ان الواقف ذكر المرمة كان قال على مرمة هذا المسجد قال الخصاف لا يبنى لان المرمة مثل
تطيين سطحه وتأزير حيطانه واجذاع تدخل فى سقفه وما يشبه هذا فهى غير البناء قال شيخنا والفتوى
على انه يجوز البناء بتلك الغلة قاله قاضيخان فى فتاواه بعد حكاية كلام الخصاف (قوله بان يقول
للناس صلوا فيه بجماعة ابدا) مقتضاه ان الاذن بالصلاة مطلقا لا يكفى واليه مال الكمال بن الهمام
وليس كذلك فلو ابقى المتن على اطلاقه لكان أولى راجع النهر (قوله فاذا صلى فيه واحد) من الناس
عينى فخرج به الجن ومطلق الواحد ينتظم المميز والانثى واختلف فى صلاة الواقف وحده والاصح انه لا يكفى
اذ لا يكون قابضا من نفسه وما جرى عليه المصنف من الاكتفاء بواحد هو ظاهر الرواية عن الامام ومحمد
واذ عرفت ان الصلاة فيه اقيمت مقام التسليم علمت انه بالتسليم الى المتولى يكون مسجدا دونها وهذا هو
الاصح كما فى الشارح وغيره وكذا لو سلمه الى القاضى أو نائبه كما فى الاسعاف وقيل لا واختاره السرخسى نهر
(قوله زال ملكه) لو قال ويصلى فيه واحد عطفا على يفرزه وحذف قوله زال ملكه لكان اولى كما فى
النهر ووجه الاولوية الاستغناء عنه بقوله قبله لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه (قوله تشترط الصلاة
بجماعة) وهو الصحيح اطلق فى الجماعة فعم ما لو ام واحد من الناس جنيا أو الجنى أم الانسى قال فى الاشباه
والنظائر فى احكام الجان ومنها انعقاد الجماعة بالجن ذكره الاسيوطى عن صاحب آكام المرجان من اصحابنا
مستدلا بحديث احمد عن ابن مسعود فى قصة الجن وفيه فلما قام عليه السلام يصلى ادركه شخصان منهم
أى من الجان فقالا يا رسول الله انا نحب أن تؤمنا فى صلاتنا قال فصفهما خلفه وصلى ونظير ذلك ماذكره

السبكى ان الجماعة تحصل بالملائكة وفرع عليه لو صلى فى فضاء باذان واقامة منفردا ثم حلف انه صلى بالجماعة لم يحنث ومنها صحة الصلاة خلف الجنى ذكره فى اكام المرجان ومنها ان ذبيحته لا تؤكل لنهيه عليه الصلاة والسلام عن ذبائح الجن كما فى الملتقط شيخنا عن الشيخ زين ووجه عدم الحنث ماورد من قوله عليه الصلاة والسلام من صلى على هيئة الجماعة صلى بصلاته صفوف من الملائكة (قوله جهرا لا سرا) ليشتهر الاذان بالصلاة (قوله أو بهما سرا) ليس فى كلام صاحب النهاية حموى (قوله صار مسجدا بالاتفاق) لان اداء الصلاة على هذا الوجه كالجماعة الاترى ان المؤذن لو صلى فى المسجد على هذه الهيئة ليس لمن يجئ بعده ان يصلى بالجماعة فى ذلك المسجد زيلعى (قوله وهو بيت يتخذ الخ) بيان لمعنى السرداب لا المعرب عنه حموى (قوله بالسكون) أى بسكون السين حموى عن الكاكى (قوله له بيعه الخ) اما اذا كان العلو مسجدا فلان ارض العلو ملك لصاحب السفل واما اذا كان السفل مسجدا فلان لصاحب العلو حقا فى السفل حتى كان له ان يمنعه من ان يحدث بناء وما يوهنه بغير اذنه اتفاقا فلم يكن خالصا لله تعالى وشان المسجد ان يكون خالصا قال تعالى وان المساجد لله ومعلوم ان كل الاشياء له وفائدة الاضافة اختصاصه به سبحانه وتعالى وهو بانقطاع حق كل من سواه ومن ثم قلنا لو كان السرداب أو العلو لمصالح المسجد جاز اذ لا ملك فيه لاحد كذا فى الفتح وبه عرف ان الواقف لو بنى بيتا للامام فوق المسجد لا يضر لانه من المصالح حيث كان قبل تمام المسجدية واما اذا اتخذ وسط داره مسجدا فلان ملكه محيط بجوانبه فكان له حق المنع ولانه ابقى الطريق لنفسه وهذا يقتضى انه لو شرط الطريق فيه كان مسجدا وبه صرح الزيلعى وغيره وعن أبى يوسف ومحمد انه اذا اتخذ وسط داره مسجدا صار مسجدا وان لم يعزل بابه الى الطريق لانه لما رضى بكونه مسجدا ولا مسجد الا بالطريق يدخل كما يدخل فى الاجارة من غير ذكر باعتبار انه لا يمكنه الانتفاع الا بالطريق زيلعى والذى فى الشرنبلالية عن ابن الهمام على ماوجدته بخط شيخنا جعل ذلك رواية عن أبى حنيفة ومحمد بقى ما لو اتخذ المسجد وسط الخان قال فى فتاوى قاضيخان من كتاب الشفعة رجل له خان فيه مسجد افرزه صاحب الخان واذن الناس بالتأذين والصلاة بالجماعة ففعلوا حتى صار مسجدا ثم باع صاحب الخان كل حجرة فى الخان من رجل حتى صار دربا ثم بيع منها حجرة قال محمد الشفعة لهم لاشتراكهم فى طريق الخان وقد كان الطريق مملوكا انتهى قال فى الشرنبلالية فهذا يقتضى صحة المسجد داخل الخان الخ وقول قاضيخان وقد كان الطريق مملوكا قال شيخنا أى ملك استطراق لا ملك رقبة لان رقبة الطريق تبعت المسجد فى الوقفية انتهى (قوله وعلى ظهره مسكن) أى ملك اذ لو كان وقفا على مصالح المسجد جاز بالاتفاق (قوله فهو مسجد) لان الاسفل اصل وهو يتأبد ولم يجز عكسه زيلعى (قوله وعن محمد على عكس هذا) لان المسجد معظم ولا تعظيم اذا كان فوقه مسكن بخلاف العكس (قوله وعن أبى يوسف انه جوز فى الوجهين) حين قدم بغداد ورأى ضيق الاماكن وروى عن محمد مثله حين قدم الرى زيلعى (قوله ومن بنى سقاية الخ) ولا فرق فى الانتفاع فى هذه الاشياء بين الغنى والفقير بخلاف الغلة حيث يختص بها الفقراء لان الغنى لا يستصحب هذه الاشياء عادة فكان محتاجا اليها كالفقير اما الغنى فهو مستغن بماله عنها لانها صدقة وعلى هذا لو وقف الغلة على الحاج أو الغزاة أو طلبة العلم اختص بها الفقراء نهر (قوله او مقبرة) بفتح الباء وضمها (فروع) وقف دابة على رباط فخرب الرباط واستغنى الناس عنه فانها تربط فى اقرب الرباطات اليه رجل حفر لنفسه فى مقبرة هل يكون لغيره ان يقبر فيه ميته قالوا ان كان فى المقبرة سعة فالمستحب ان لا يوحش الذى حفره وان لم يكن فى المكان سعة كان لغيره ان يدفن ميته ويضمن قيمة حفره وهو كرجل بسط المصلى فى المسجد أو نزل فى الرباط فجاء آخر فان كان فى المكان سعة لا يوحش الاول * مقبرة كانت للمشركين أرادوا ان يجعلوها مقبرة للمسلمين قال أبو القاسم لا بأس ان اندرست آثارهم فان موضع مسجده عليه الصلاة والسلام كان مقبرة للمشركين فنبشت وأعيدت مسجدا * أرادوا اخراج الميت بعد دفنه قال أبو جعفر لا يباح الا بعذر

جهرا لا سرا حتى لو صلى جماعة بغير أذان واقامة أو بهما سرا لا جهرا لا يصير مسجدا عندهما وان جعل للمسجد مؤذنا واماما وهو رجل واحد فاذن واقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق كذا فى النهاية (ومن جعل مسجدا تحته سرداب) بالكسر وهو معرب سردابه وهو بيت يتخذ تحت الارض للتبرد ولو كان السرداب لمصالح المسجد كما فى مسجد بيت المقدس جاز (أو فوقه بيت وجعل بابه الى الطريق) الاعظم (وعزله) عن ملكه (أو اتخذ وسط داره) بالسكون (مسجدا وأذن للناس بالدخول فيه) ان مات فى الصور (له بيعه ويورث عنه) عن أبى حنيفة انه كلها وروى الحسن عن أبى حنيفة انه قال اذا جعل السفل مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد ومن محمد على عكس هذا وعن أبى يوسف انه جوز فى الوجهين (ومن بنى سقاية أو خانا) لابناء السبيل (أو رباطا أو مقبرة لم يزل ملكه عنه) هو الموضع الذى يسكنه

كان تكون الارض مغصوبة شيخنا عن الفتاوى الخانية (قوله حتى يحكم به حاكم) أو يضيفه الى ما بعد الموت فيلزم بعده وله الرجوع قبله نهر (قوله اذا استقى الناس الخ) والواحد يكفى ولو سلم الى المتولى صح التسليم قال فى الاسعاف هذا فى الخان والسقاية الذى ينزل فيه ويشرب كل يوم اما الخان الذى ينزل فيه الحاج أو الغزاة كل سنة والسقاية التى تحتاج الى صب الماء فيها فلا بد فيهما من التسليم الى المتولى لاحتياجهما الى من يقوم بمصالحهما نهر (قوله وان جعل شئ من الطريق مسجدا) ظاهر كلام المصنف ان المتخذ من الطريق اذا جعل مسجدا يأخذ حكم المسجد وهو خلاف ماصرح به فى جامع الفصولين كما فى الشرنبلالية ونصها المسجد الذى يتخذ من الطريق لا يكون له حكم المسجد بل هو طريق الخ ثم اعلم ان كلام المصنف صريح فى ان المتخذ من الطريق بعضها لا كلها فمقتضاه عدم جواز اتخاذ كل الطريق مسجدا لابطال حق العامة ولهذا استشكل الشرنبلالى قوله فى الدرر وجاز جعل الطريق مسجدا وأوله بأن يراد بعض الطريق لا كله وأقول من تأمل عبارة الدرر وجدها غير قابلة للتأويل ونصها جاز جعل شئ من الطريق مسجدا وعكسه وجاز أيضا جعل الطريق مسجدا لا عكسه الخ وأجاب شيخنا بأنه يجوز ان يكون لمقصد طريقان واحتاجت العامة للمسجد فانه يجوز جعل جميع واحد منهما مسجدا وليس فيه ابطال حقهم بالكلية ثم قال رأيت موافقته للشيخ عبد الحى انتهى بلفظه (تتمة) ضاق المسجد على الناس وبجنبه أرض لرجل تؤخذ بالقيمة كرها لانه لما ضاق المسجد الحرام أخذ الصحابة أرضين بكره وزادوا فى المسجد زيلعى وهذا من الاكراه الجائز فلا يقال كيف صدر الاكراه من الصحابة ولو كانت ارض وقفا على المسجد فأرادوا ادخال شئ منها فى المسجد جاز بأمر القاضى ولو أراد القيم ان يبنى حوانيت فى حريم المسجد وفنائه لم يجز ولو أذن السلطان لقوم ان يجعلوا أرضا من أراضى البلدة حوانيت موقوفة على المسجد ان فتحت صلحا لا ينفذ أمر السلطان لانها تبقى على ملك ملاكها وان فتحت عنوة ينفذ لانها تصير ملكا للغانمين شيخنا عن الخانية (فرع) لا يحل لاحد هدم المسجد ليبنيه أحكم منه الا ان يخاف الهدم شيخنا عن عمدة المفتى والمستفتى وظاهر ما فى الدر عن البزازية ان البانى اذا كان من اهل المحلة له ذلك وان لم يخف هدمه فيحمل ما فى العمدة على ما اذا لم يكن البانى من أهل المحلة (فرع آخر) خرب ما حول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجدا عند أبى يوسف وعند محمد يعود الى ملك البانى او ورثته بعد موته لانه عينه لجهة وقد انقطعت كالكفن وعلى هذا حصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنهما يرجع الى مالكه عند محمد وعند أبى يوسف ينقل الى مسجد آخر زيلعى وينبغى ان يراد بالمسجد الآخر أقرب المساجد اليه فيوافق ما فى التنوير واعلم ان المفتى به قول أبى يوسف واما تغيير الوقف اذا كان التغيير يزيد فى الريع فللناظر فعله ذكره ابن الشحنة عن أهل المذهب بخلاف ما اذا أراد المتولى شراء ضيعة من مال الوقف لتكون موقوفة على وجه الوقف الاول حيث لا يجوز بالاتفاق ولو فعله الناظر يضمن شيخنا عن معين الحكام واعلم انه يتفرع على ما هو المفتى به من بقاء المسجدية الى يوم القيامة وعدم عوده الى ملك الواقف خلافا لمحمد ما ذكره فى حاشية الاشباه للسيد الحموى معزيا لبعض الفضلاء وهو الحانوتى ان المسجد اذا خرب ولم يمكن اقامة الشعائر به يستحق أرباب الشعائر والوظائف معلومهم المقرر لهم اذ لا تعطيل من جهتهم على قول أبى يوسف الخ وقوله اذ لا تعطيل من جهتهم يفيد ان المدرس اذا حضر للتدريس فلم يجد طلبة استحق المعلوم أيضا وهو مصرح به قلت ولا خصوصية للمدرس بل ينبغى ان يكون الامام كذلك اذا لم يجد من يأتم به وانظر هل يشترط لاستحقاقه المعلوم المعين للامامة صلاته ولو مفردا أولا والظاهر الاول (قوله بأن جعل بعض المسجد طريقا) فيجوز لكل أحد ان يمر فيه حتى الكافر الا الجنب والحائض والنفساء وليس لهم ان يدخلوا فيه الدواب شرنبلالية عن الزيلعى (قوله اذا لم يضر) وما قدمناه عن الصحابة يفيد اشتراط ضيق المسجد أيضا انتهى (قوله حق الله خالصا) وهو العبادات والعقوبات والكفارات نهر والعبادات الصلاة والزكاة والصوم والحج والجهاد والعقوبات مزجرة قتل النفس ومزجرة أخذ المال

حتى يحكم به حاكم) عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف بزوال ملكه بالقول وعند محمد اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا فى المقبرة زال ملكه (وان جعل شئ من الطريق مسجدا صح كعكسه) بأن جعل بعض المسجد طريقا هذا اذا لم يضر بالطريق كذا فى الذخيرة واعلم ان المشروعات أربعة حق الله تعالى خالصا وحق العبد خالصا

كقطع السرقة ومزجرة هتك الستر كالجلد والرجم ومزجرة تلف العرض كحد القذف ومزجرة خلع البيضة كالقتل على الردة والكفارات ككفارة القتل وكفارة الظهار وكفارة اليمين وكفارات جنايات الحج كذا بخط شيخنا (قوله وما اجتمعا فيه وحق الله غالب) كحد القذف وحد السرقة وغيرهما من الحدود خالص حق الله تعالى وبيان وجه كون حق الله تعالى غالبا فى حد القذف فى الزيلعى فى باب حد القذف عند قول المصنف ويبطل بموت المقذوف لا بالرجوع الخ فراجعه (قوله وما اجتمعا فيه وحق العبد غالب) كالقصاص والتعزير على انتهاك حرمة المسلم بشتمه وفى التلويح ولم يوجد قسم آخر اجتمعا فيه على التساوى فى اعتبار الشرع شيخنا عن البليسى (قوله فلما فرغ من الثلاث) فيه انه لم يفرغ الا من اثنين حق الله تعالى خالصا وما اجتمعا فيه وحق الله غالب واما ما اجتمعا فيه وحق العبد غالب فلم يذكره فيما سبق وانما يأتى بعد حموى وتعقبه شيخنا بأن قوله لم يذكره فيما سبق غير مسلم لان ما اجتمعا فيه وحق العبد غالب لم ينحصر فى القصاص بل منه التعزير على انتهاك حرمة المسلم بشتمه كما فى الفواكه وقد ذكره فيما سبق فكان قوله فلما فرغ من الثلاث صحيحا المذكور فرد منه يفيد مؤاخذة المكلف بالفرد الآتى بطريق الاولوية فكان مفروغا منه معنى وان لم يذكر وضعا وتصريحا أ.هـ من التحرى (قوله شرع فى حق العبد) يعنى خالصا وفيه انه قد قدم الكلام على الشركة وهى حق العبد خالصا حموى وكذا النكاح والوقف واللقيط واللقطة ويجاب بأن المراد بقوله شرع فى المعاملات أى المهم منها الذى لا يمكن استغناء أحد عنه الخ ماذكره شيخنا والله أعلم

(كتاب البيوع)

البيع من الاضداد يقال باع كذا اذا أخرجه عن ملكه أو أدخله فيه وفى الخبر قال عليه السلام لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ولا يبيع على بيع أخيه أى لا يشترى على شراء أخيه لان المنهى عنه هو الشراء لا البيع بدليل رواية البخارى لا يبتاع بحر وقوله عليه السلام لا يخطب الرجل يجوز ان يكون بالرفع على انه نفى بمعنى النهى من خطب يخطب خطبة بكسر العين فى المضارع اذا طلب امرأة للتزوج ويقع البيع غالبا على اخراج المبيع عن الملك ويتعدى الى مفعولين وقد تدخل من على المفعول الاول كبعت من زيد الدار وربما دخلت اللام مكان من والبيع مصدر باعه وبعته تبيعه بيعا وهو مبيعا والقياس مباعا نهر عن القاموس لان أصله مبيعا نقلت حركة العين الى الفاء وقلبت العين الفا لتحركها فى الاصل وانفتاح ماقبلها الآن شيخنا (قوله بمعنى مبيع) فعلى هذا لا يكون البيع باقيا على معناه المصدرى حيث أريد منه اسم المفعول بخلاف ماسيأتى من قوله او جمع المصدر لاختلاف أنواعه واعلم ان المحذوف من مبيع الواو عند سيبويه لزيادتها نهر فأصله مبيوع نقلت حركة العين الى الساكن الصحيح فالتقت الياء التى هى العين ساكنة مع الواو الزائدة فحذفت ثم قلبت الضمة كسرة شيخنا وقال الاخفش المحذوف من مبيع العين قال المازرى كلاهما حسن وقول الاخفش أقيس نهر ووجه كون المحذوف هو العين ان سكونها عارض بعد النقل بخلاف الواو شيخنا ثم اعلم ان البيع يجرى فيه العلل الاربع العلة الصورية وهى الايجاب والقبول والعلة المادية وهى المبادلة والعلة الفاعلية وهى البائع والمشترى والعلة الغائية وهى الملك (قوله والمبيعات أصناف مختلفة الخ) كالرقيق جنس وتحته أصناف وكالدواب جنس وتحته أصناف شيخنا (قوله أو جمع المصدر لاختلاف أنواعه) حاصله ان جمع البيع موجه بتوجيهين فعلى الاول يكون افراده ذوات مختلفة وعلى الثانى وهو كون البيوع جمع بيع باقيا على مصدريته تكون الحقيقة واحدة لا تعدد فيها او جمعت نظرا الى الانواع ولا تجوز فى هذا بل فى الاول والعلاقة التعلق أى تسمية المتعلق باسم المتعلق كما فى هذا خلق الله والمراد التعلق الحاصل بين المصدر واسم الفاعل واسم المفعول اذ لا بد

للحدث من محل وفاعل شيخنا بقى ان يقال اذا أريد الانواع هل يجمع قياسا أو يقتصر على السماع قال السيوطى لا خلاف فى ان جموع الكثرة لا تجمع قياسا ولا اسماء المصادر ولا اسماء الاجناس اذا لم تختلف أنواعها فان اختلفت فسيبويه لا يقيس جمعها على ما جاء منه وعليه الجمهور ومذهب المبرد والرمانى وغيرهما قياس ذلك قال أبو حيان والصحيح مذهب سيبويه لقلته ما حكى منه شيخنا عن الغنيمى رحمه الله تعالى (قوله لاختلاف انواعه) فانه يكون باعتبار نفسه نافذا ووقوفا وفاسدا وباطلا وباعتبار المبيع مقايضة وسلما وصرفا وبيعا مطلقا وباعتبار الثمن مرابحة وتولية ووضيعة ومساومة (قوله ولما فرغ من العبادات شرع فى المعاملات) ذكره توطئة لقوله وقدم البيع لانه أكثر وقوعا فسقط ماعساه يقال ان فيه تكرارا (قوله مبادلة المال بالمال) أى تمليك المال بالمال فخرج الاجارة والنكاح لان الاجارة مبادلة المال بالمنافع والنكاح مبادلة المال بالبضع والمال ما يميل اليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة واسباب الملك ثلاثة مثبت للملك وهو الاستيلاء على مباح وناقل للملك وهو البيع ونحوه وخلافه وهو الميراث والوصية (قوله بالتراضى) هذا القيد زيد شرعا كما قال فخر الاسلام والذى يظهر ان التراضى لا بد منه لغة أيضا فانه لا يفهم من باع زيد عبده الا انه استبدل به بالتراضى وان الاخذ غصبا لا يقول فيه أهل اللغة انه بيع نهر عن الفتح وهذا الحد كما فى العناية حد لكل واحد من البيع والشراء فكل ما صدق عليه هذا الحد بيع من كل وجه وشراء من كل وجه والتقييد بالتراضى خرج به بيع المكره وكان الاولى حذفه لشمول التعريف للفاسد بسائر انواعه ومنه ما لو باع درهما بمثله اتحدا وزنا وصفة صرح بفساده فى الذخيرة اذ غاية الامر ان بيع المكره فاسد فماباله خصه بالاخراج حيث قال المصنف بالتراضى مع ان الرضا ليس جزء مفهومه شرعا والا لكان بيع المكره باطلا بل شرط لثبوت حكمه كما فى النهر واعلم ان وجه الفساد فى بيع الدرهم بمثله وزنا وصفة انه غير مفيد كما فى الدر ثم رأيت القهستانى ذكر ان احدهما اذا كان مكرها لم يكن بيعا لغة كما فى اكراه الكفاية والكرمانى وعليه يدل كلام الراغب خلافا لفخر الاسلام وما اشار اليه المصنف وغيره من انه معنى شرعى له فشكل لانه يدخل فيه بيع باطل كبيع الخنزير ويخرج عنه بيع صحيح كبيع المكره الخ وأراد بالصحيح ما قابل الباطل فلا ينافى ما سبق من ان بيع المكره فاسد لمختار وركنه الايجاب والقبول كما فى النهر وشرطه فى العاقد التمييز والولاية الكائنة عن ملك أو وكالة أو وصية أو قرابة فبيع الفضولى غير نافذ والتعدد فالواحد لا يتولى الطرفين فيه الا فى الاب والقاضى والوصى فانه اذا اشترى أحدهم مال اليتيم من نفسه أو باعه منه صح وكذا العبد يشترى نفسه من مولاه وشرط فى الوصى النفع الظاهر بان اشترى منه ما يساوى خمسة بعشرة أو باع ما يساوى عشرة بخمسة ولا يشترط هذا فى الاب وسماع كل منهما كلام الآخر وان يكون المبيع مالا متقوما مملوكا فى نفسه مقدور التسليم فى الحال وفى ثانى الحال فخرج الحر والخمر والمباح قبل احرازه والآبق ويتفرع على اشتراط كون المبيع مقدور التسليم عدم جواز بيع الدين من غير من عليه واما بيعه ممن هو عليه فصحيح لعدم الحاجة الى التسليم وان لا يكون فى المبيع حق لغير البائع فلا ينفذ بيع المرهون والمستأجر واذا لم يكن للمشترى علم بالاجارة يتخير بين الفسخ أو ينتظر انقضاء مدة الاجارة ومع العلم بالاجارة قبل الشراء يلزمه الانتظار وسببه تعلق البقاء المعلوم لله تعالى على وجه جميل وحكمه الملك وهو القدرة على التصرف ابتداء الا المانع فخرج بالابتداء قدرة الوكيل والوصى والمتولى وبقولنا الا المانع المبيع المنقول قبل القبض حتى لا يجوز للمشترى بيعه قبل قبضه مع ثبوت الملك له وكذا الوطء فى الامة قبل استبرائها ممتنع (فروع) ما يستجره الانسان من البياع اذا حاسبه على اثمانها بعد استهلاكها جاز استحسانا * بيع البراآت التى تكتب فى الديوان على العمال لا يصح بخلاف بيع حظوظ الائمة لان مال الوقف قائم ثمة ولا كذلك هنا اشباه ومفاده انه يجوز للمستحق بيع خبزه قبل قبضه بخلاف الجندى وتعقبه فى النهر * لا يجوز الاعتياض عن الحقوق المجردة كحق الشفعة وعلى هذا لا يجوز الاعتياض عن الوظائف

لاختلاف أنواعه ولما فرغ من العبادات شرع فى المعاملات وهو البيع لانه أكثر وقوعا (هو مبادلة المال بالمال بالتراضى ويلزم البيع

بالاوقاف وفيها المذهب عدم اعتبار العرف الخاص لكن افتى كثير باعتباره وعليه فيفتى بجواز النزول عن الوظائف بمال وبلزوم خلو الحوانيت فليس لرب الحانوت اخراجه ولا اجارتها لغيره ولو وقفا در ومنه يستفاد جواب حادثة سئل عنها الفقير هى ان شخصا فرغ لولده عن وظائف وتوفى فأتى شخص للمفروغ له وأخبره بان المعلوم عن الوظائف قدر معين وغيره حتى فرغ له عنها ثم تبين ان مافيها من المعلوم يزيد على القدر الذى أخبره به فانه يكون له الرجوع عليه حيث كان الغبن فاحشا بناء على ماسبق من جواز النزول عن الوظائف بمال واستفيد من قوله ولو وقفا ثبوت الخلو ولو فى الملك (تتمة) بيع مايساوى درهما بألف درهم يجوز ولا يكره فى قول أبى يوسف وقال محمد يكره بحر عن خزانة الفتاوى أفضل الكسب الجهاد ثم التجارة ثم الحراثة ثم الصناعة (قوله بايجاب وقبول) أى من ذى ايجاب وقبول أو بسببهما فى الظن انهما خارجان عن حقيقة البيع قهستانى والكتابة والرسالة من الغائب كالخطاب حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة ويصح الرجوع من الكاتب والمرسل قبل الوصول سواء علم الآخر أولم يعلم وفى الخلاصة لا يصح عزل الرسول بدون علمه ففرقوا بين الرجوع والعزل ويشترط موافقة الايجاب للقبول فان قبل المشترى غيرما أوجبه البائع أو بعض ما أوجبه أو بغيرما أوجبه أو ببعضه لم ينعقد لتفرق الصفقة الا فى الشفعة نهر كان باع عبدا وعقارا فيقسم الثمن على العقار والعبد وكذا يشترط لصحة الايجاب ان لا يقترن بما يبطله فلووهبه الثمن قبل القبول بطل وقيل لا فيكون ابراء ويشترط لصحة القبول حياة الموجب فلومات قبله بطل وان يكون قبل رجوع الموجب فلوقال بعتك هذا بألف ثم قال لآخر بعتك نصفه بخمسمائة قال أبو يوسف يصح قبول الثانى ولا يصح قبول الاول بعد رجوع البائع عن النصف ولو خرج الرجوع والقبول معا كان الرجوع أولى وان يكون قبل تغير المبيع فلوقطعت يد الجارية بعد الايجاب أو ولدت أو تخمر العصير ثم صار خلا لم يصح قبول المشترى والظاهر ان التقييد بأخذ الارش اتفاقى وان يكون قبل رد المخاطب الايجاب فلوقال بعتك بألف فقال لا اقبل بل بخمسمائة ثم قال أخذت بألف قال أبو يوسف ان دفعه اليه فهو رضا والا فلا نهر ولا يشترط أن يشتمل القبول على الخطاب بعد ماصدر الايجاب بالخطاب فلوقال بعد قوله بعتك اشتريت ولم يقل منك صح ولو قال بعتك بألف فقال اشتريته بألف الى سنة أو بشرط الخيار لم يتم الا اذا رضى فى المجلس بحر عن المجتبى (قوله ان كان بلفظ الماضى) مقتضاه انه لا ينعقد بالحال وليس كذلك ففى الشرنبلالية عن قاضيخان ينعقد بلفظين ينبئان عن التمليك والتملك على صيغة الماضى أو الحال الخ فذكر فى النهر مانصه ولم يقيد الايجاب والقبول بالمضى لانه ينعقد بالمضارع لكن بالنية فى الاصح قال فى البحر وانما احتيج اليها مع كونه حقيقة للحال عندنا على الاصح لغلبة استعماله فى الاستقبال حقيقة أو مجازا كذا فى البدائع وهذا فيما يحتمل الحال والاستقبال اما ماتمحض للحال كابيعك الآن فلا يحتاج الى النية واما ماتمحض للاستقبال كالمقرون بالسين أوسوف أو الامر فلا ينعقد به الا اذا دل الامر على المعنى المذكور كخذه بكذا فقال أخذته فانه كالماضى الا ان استدعى الماضى سبق البيع بالوضع وهذا بطريق الاقتضاء وفى الفتح البيع والاقالة لا يكتفى فيهما بالامر عن الايجاب اما الخلع والنكاح والهبة والكفالة والابراء والشامنة مالوقال لعبده اشتر نفسك منى بألف فقال فعلت فيقع الامر فيها ايجابا انتهى وصور الخلع فى الصيرفية بما اذا قالت اخلعنى على كذا فقال قد فعلت اما اذا قالت اخلعنى فقال قد خلعتك على كذا لا يقع مالم تقبل ووجه الفرق ان الامر فى الاول ذكر معه البدل من جانبها بخلاف الثانى اذ البدل لم يذكر الا من جانبه فلهذا توقف على القبول منها (قوله مطلقا) صفة مصدر محذوف أى يلزم البيع بايجاب وقبول لزوما مطلقا أى سواء تفرقا أولم يتفرقا حموى فهو احتراز عن قول الشافعى لكل منهما خيار المجلس مالم يتفرقا (قوله وقال الشافعى لكل واحد منهما خيار المجلس مالم يتفرقا) لقوله عليه الصلاة والسلام المتبايعات بالخيار مالم يتفرقا ولنا ان العقد تم من

(بايجاب وقبول) ان كانا بلفظ الماضى مطلقا ولا خيار لواحد منهما الا بعيب أو بعدم رؤية وقال الشافعى لكل واحد منهما خيار المجلس مالم يتفرقا بدنا

الجانبين ودخل المبيع فى ملك المشترى واثبات الخيار لاحدهما يستلزم ابطال حق الآخر فينتفى بقوله عليه السلام لاضرر ولاضرار فى الاسلام والحديث محمول على خيار القبول فانه اذا أوجب احدهما فلكل منهما الخيار مادامافى المجلس ولم يأخذا فى عمل آخر وفى لفظه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة البيع حقيقة ومابعده أو قبله مجازا كسائر اسماء الفاعلين زيلعى فما فى شرح العينى من قوله كسائر اسماء الافعال خلاف الصواب فيكون التفرق على هذا بالاقوال هذا تأويل محمد وقال أبو يوسف هو التفرق بالابدان بعد الايجاب قبل القبول لما عهدنا ان الفرقة موجبة للفساد كما فى الصرف قبل القبض وماذكره يوجب التمام أى ماذكره الامام الشافعى من تفسيره الخيار بخيار المجلس دون خيار القبول يوجب تفرقهما من غير خيار تمام العقد ولا نظير له فكان ماذكرنا أولى لكونه مطردا زيلعى وقوله عليه السلام لاضرر أى لايضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقه ولاضرار بكسر اوله أى لايجازى من ضره والضرار فعل اثنين فالضرر ابتداء الفعل والضرار الجزاء عليه مناوى على الجامع الصغير (قوله وان كان احدهما ماضيا والآخر مستقبلا لا ينعقد) هذا محترز ماسبق من تقييد كون الايجاب والقبول بلفظ الماضى وقد علمت مافيه وان ذلك ليس بشرط بدليل ماسبق عن قاضيخان والحاصل ان سياق كلام الشارح يقتضى ان المراد بالمستقبل فى كلامه ماهو الاعم مما تمحض للاستقبال أولم يتمحض بان احتمل الحال بناء على مامشى عليه من انه لابد وأن يكونا بلفظ الماضى فما فى كلام بعضهم حيث حمل المستقبل فى كلام الشارح على المتمحض للاستقبال يعنى ليتمشى كلام الشارح على ماهو المرضى عندهم فيه نظر ظاهر لان تصريح الشارح بقوله ان كانا بلفظ الماضى يمنع صحة هذا الحمل (قوله والايجاب مايتلفظ به أولا) يرد عليه مالو خرجا معا فان البيع صحيح كما فى التتارخانية نهر ويخالفه مافى القهستانى لو كانا معا لم ينعقد وجعل الواو فى قوله وقبول بمعنى الفاء اه وحينئذ لا يرد شئ (قوله لانه أوجب جوابا على صاحبه) أى اثبت وليس المراد الوجوب المصطلح عليه نهاية وللموجب أن يرجع لانه ليس فى ابطال حق الغير بخلاف مااذا قضى الاصيل الدين للكفيل قبل أن يقضى الكفيل أو دفع الزكاة الى الساعى قبل الحول حيث لا يكون لهما ان يرجعا فيه لان حق الكفيل والفقير تعلق به على تقدير أن يقضى الكفيل الدين وان يتم الحول والنصاب تام فلا يملك ابطاله زيلعى ومفاده انه اذا تم الحول والنصاب غير تام يسترده منه وبه صرح الزيلعى فى كتاب الزكاة ونصه ثم المقدم يقع زكاة اذا تم الحول والنصاب كامل فان لم يكن كاملا فان كانت الزكاة فى يد الساعى استردها لان يده يد المالك حتى يكمل النصاب بما فى يده ويد الفقير أيضا حتى تسقط عنه الزكاة بالهلاك فى يده فيستردها منه ان كان باقيا ولا يضمنه ان كان هالكا انتهى ومنه يعلم مافى عبارة الدر حيث قال ولا ينتقض بما اذا دفع الزكاة قبل الحول الى الساعى فان المزكى لا يقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير بالمدفوع لان حقيقة الملك زالت من المزكى فعمل حق الفقير لانتفاء ماهو أقوى منه انتهى ولهذا تعقبه عزمى بان الصواب الموافق لسائر الكتب أن يكتفى بتعلق حق الفقير بالمدفوع فانه كاف فى تحصيل المرام وأما زوال حقيقة الملك فدون اثباته خرط القتاد انتهى فان قلت اذا كان ملك المزكى باقيا يبقى الاشكال ولا يكون مجرد تعلق حق الفقير كافيا فى الجواب ولهذا ذكر الشيخ عبد الحى مانصه ان لم يثبت زوال ملك المزكى لا يكون حق الفقير مقاوما لحقيقة ملك المزكى انتهى قلت أجاب شيخنا بما منه يعلم عدم ورود قوله ولا ينتقض الخ من أصله وبه يستغنى عن التكلف فى الجواب حيث قال المال فى دفع الزكاة الى الساعى زائل عن يد مالكه حقيقة وفيما اذا أوجب البائع ولم يقبل المشترى المال باق فى يد المالك مع قيام الملك فيهما وهو الفرق انتهى (تتمة) قال فى الصحاح خرط القتاد أن تقبض على أعلاه ثم تمد يدك عليه الى اسفله وفى المثل دونه خرط القتاد انتهى (قوله وبتعاط) لان جواز العقد باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ وقد وجد حتى لو صرح معه بعدم الرضا لم ينعقد كما فى القنية ولابد وان لا يكون بعد عقد فاسد أو باطل فان كان لم ينعقد به قبل المتاركة لانه بناء على السابق خلاصة وغيرها

وان كان أحدهما ماضيا والآخر مستقبلا لا ينعقد والايجاب مايتلفظ به أولا سواء كان من جانب البائع أو المشترى وانما سمى ايجابا لانه أوجب جوابا على صاحبه (و) يلزم البيع (بتعاط) اى تناول مطلقا

ومن صور التعاطى مالو جاء المودع بأمة غير المودعة قائلا هذه امتك والمودع يعلم انها غيرها وحلف فأخذها حل الوطء للمودع وللامة وكذلو ردها عليه بخيار عيب والبائع متيقن انها غيرها فأخذها ورضى فهو بيع بالتعاطى (تنبيه) تنعقد الاقالة بالتعاطى ولو من أحد الجانبين على الصحيح بزازية وكذا الاجارة كما فى العمادية وكذا الصرف كما يدل عليه كلام الفتح حيث قال عليه دراهم فقال لرب الدين أعطيك مالك دنانير فساومه بالدنانير ولم يقع بيع ثم فارقه فجاء بها فدفعها اليه يريد الذى كان ساوم عليه ثم فارقه ولم يستأنف بيعا جاز انتهى ويدل عليه مافى التتارخانية اشترى عبدا بألف درهم على ان المشترى بالخيار وأعطاه مائة دينار ثم فسخ البيع فعلى قول أبى حنيفة الصرف جائز نهر قلت واستفيد منه ان اشتراط التقابض فى الصرف مقيد بما اذا لم يكن أحد البدلين دينا وجب لاحدهما على الآخر قبل الصرف (قوله سواء كان خسيسا أو نفيسا) وهو الصحيح خلافا للكرخى والنفيس نصاب السرقة والخسيس مادونه نهر وذكر الكمال ان المراد بالخسيس الاشياء المحتقرة كالبقل والرغيف (قوله سواء كان الاعطاء من جانب واحد) ليس المراد مايشمل قبض الثمن وحده بل المراد خصوص المبيع بدليل قوله كما لو قال المساوم كلى خمسة اقفزة الخ فيوافق مافى النهر عن الكرمانى حيث قال واكتفى الكرمانى بتسليم المبيع مع بيان الثمن اما اذا دفع الثمن وحده ولم يقبض المبيع لا يجوز الا اذا كان بيع مقايضة والصحيح ان قبض أحدهما كاف لنص محمد على انه يثبت بقبض أحد البدلين وهذا ينتظم الثمن والمبيع وقوله أى محمد فى الجامع ان تسليم المبيع يكفى لا ينفى الآخر نهر وبحر عن الفتح وفى كون كلام محمد يفيد الاكتفاء بقبض أحد البدلين اما المبيع أو الثمن بطريق النص نظر بدليل قول الزيلعى والعينى وأشار محمد الى انه يكفى تسليم المبيع ويؤيد ما استفيد من كلام الزيلعى والعينى من عدم الاكتفاء بقبض الثمن وحده على ما أشار اليه محمد ماسبق عن الكرمانى ثم رأيت القهستانى بعد ان صحح الاكتفاء بقبض أحد البدلين ذكر مانصه قيل هذا اذا قبض المبيع وأما اذا قبض الثمن فلا يكفى كما فى العمادى لكن فى الزاهدى انه يكفى اذا كان على وجه الشراء انتهى (قوله كلى خمسة اقفزة الخ) جعل هذا من بيع التعاطى فيه نظر لان التعاطى ليس فيه ايجاب شيخنا وكذا لو قال بعت منك هذا بدرهم فقبضه المشترى ولم يقل شيئا لا يكون من بيع التعاطى لانه لا قول فيه أصلا كما فى البحر وكان قبضه قبولا لان القبول أعم من الفعل والقول قال شيخنا وقد جعل عزمى زاده هذه الصورة من بيع التعاطى تبع فيه غاية البيان وهو سهو ولعله لم يطلع على عبارة ابن الهمام انتهى (قوله فكال فذهب بها الخ) هذا كالتصريح من الشارح بأن المراد من قوله قبله سواء كان الاعطاء من جانب واحد خصوص المبيع كما قدمناه ولا يصح ان يراد بالاعطاء من جانب واحد مايشمل قبض الثمن وحده كما توهم ذلك بعضهم فذكر ان قوله من جانب واحد هو الصحيح لنص محمد على انه يثبت بقبض أحد البدلين وهو ينتظم الثمن والمبيع لان ذلك وان كان هو الصحيح لكن يأباه سياق كلامه فتدبر (قوله وعند البعض لابد من اعطاء الجانبين) افتى الحلوانى به وفى البزازية وهو المختار وفى العمادية قال صاحب المحيط وهو المختار عندى نهر (قوله وأى قام الخ) بيان لاشتراط اتحاد المجلس بأن لا يشتغل أحدهما بغير ماعقد له المجلس وان لم يدل على الاعراض ولهذا قال فى القنية لو قام لمصلحة لا معرضا لم يصح القبول وبه عرف ان قصر اختلاف المجلس على مايدل على الاعراض فيه قصور والدال على الاعراض كاكل الا ان يكون لقمة وشرب الا أن يكون الاناء فى يده ونوم الا أن يكونا جالسين وصلاة الا اتمام فريضة أو شفع نفلا وكلام ولو لحاجة ومشى ولو خطوة وقيام وان لم يذهب خلافا لما ذكره شيخ الاسلام بخلاف القعود والسفينة كالبيت فلا ينقطع المجلس بجريانها لانهما لا يملكان ايقافها نهر وقوله وان لم يذهب يشير الى انه لو لم يذكر المصنف قوله عن المجلس لكان أولى ولهذا لم يذكره فى الاصلاح والايضاح معللا بان الايجاب يبطل بمجرد القيام لدلالته على الاعراض عزمى زاده (قوله بطل الايجاب) لان القيام دليل الاعراض بخلاف الخلع والعتق على مال حيث لا يبطل بقيام الزوج والمولى لانه يمين

سواء كان خسيسا أو نفيسا وسواء كان الاعطاء من جانب واحد كما لو قال المساوم كلى خمسة أقفزة بخمسة دراهم فكال فذهب بها فهو بيع وان لم يعط الدراهم أو من الجانبين وعند البعض لابد من اعطاء الجانبين وعند أبى الحسن الكرخى يجوز التعاطى اذا كان فى الخسيس (وأى) من المتعاقدين اذا (قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب)

من جهتهما والقبول شرط والايمان لاتبطل بالقيام زيلعى (قوله فلا يبقى للآخر ولاية القبول بعده) أى بعد القيام لان خيار القبول يمتد بشرط اتحاد المجلس وعند الشافعى لا يمتد بل هو على الفور وقلنا ان خيار القبول الثابت للمشترى بايجاب البائع يحتاج الى التروى والتفكر فجعل ساعات المجلس كساعة واحدة عينى واعلم ان مااشترطه الشافعى من كون القبول على فور الايجاب لا ينافى ماسبق من عدم لزومه بالايجاب والقبول عنده حتى كان لهما خيار المجلس مالم يتفرقا بدنا (قوله ولا بد من معرفة قدر) أى قدر مبيع وثمن اذا كان كل منهما غير مشار اليه ككر حنطة وخمسة دراهم فلو كان قدر المبيع مجهولا جهالة فاحشة كما لو باعه جميع مافى هذه الدار والمشترى لا يعلم مافيها لم يصح بخلاف اليسيرة كما لو باعه جميع مافى هذا البيت أو الصندوق فانه يصح فان قلت كيف يصح بيع جميع مافى البيت أو الصندوق اذا لم يكن للمشترى علم بما فيه على مايعلم من سياق كلام النهر مع ان الجهالة فيه من قبيل جهالة الجنس قلت هو محمول على ما اذا باع جميع مافى البيت من الرقيق أو الدواب أو الثياب على مايعلم من سياق كلام البحر عن الخانية فلهذا كانت الجهالة بعد ذلك يسيرة لكونها من جهالة النوع وقوله فى النهر فانه يصح ليس المراد منه لزوم البيع بل مجرد الجواز فيثبت للمشترى خيار كشف الحال أخذا مما سيأتى فى مسئلة البيع بحجر أو اناء معين لم يعلم قدره صرح فى البحر بثبوت الخيار فيه فاذا ثبت فيه الخيار مع ان المبيع مرئى من المشترى فلأن يثبت هنا وهو مستور غير مرئى للمشترى بالطريق الاولى وان كان المبيع لا يحتاج الى التسليم صح البيع بدون معرفة قدره كمن اقر ان فى يده متاع فلان غصبا أو وديعة ثم اشتراه منه يجوز وان لم يعرف مقداره ومعرفة حدود الارض تغنى عن معرفة قدرها وجهل البائع غير مانع بخلاف جهل المشترى ولو اشترى كذا وكذا قربة من ماء الفرات قال أبو يوسف ان كانت القربة بعينها جاز لمكان التعامل وكذا الراوية والجرة والقياس أن لا يجوز اذا كان لا يعرف قدرها ناوه وقول الامام وجهالة الثمن مانعة كبيعه بقيمته أو رأس ماله أو بما اشتراه فلان فان علم المشترى بالقدر فى المجلس فرضيه يعود الى الجواز (فرع) قال لمديونه بعنى هذا الثوب ببعض العشرة التى لى عليك وهذا الآخر بباقى العشرة جاز مع جهالة الثمن فى كل منهما وهذه ترد على المصنف لكن علله فى الفتح بعدم افضاء جهالة الثمن الاول الى المنازعة بضم البيع الثانى اليه اذ به يصير ثمنهما عشرة انتهى ولم ار مالو وجد بأحدهما عيبا وينبغى أن يكونا فى حكم صفقة واحدة فيردهما أو يأخذهما نهر (قوله ووصف ثمن الخ) لان جهالته تفضى الى المنازعة اعلم ان اضافة الوصف الى الثمن تشعر بأن معرفة الوصف شرط فى الثمن فقط دون المبيع بخلاف اشتراط معرفة القدر فانه بالنسبة لكل من المبيع والثمن ولهذا ذكره مطلقا ولم يضفه لواحد منهما وماذكره فى البحر من ان معرفة الوصف شرط فى المبيع أيضا حيث لم يكن مشارا اليه رده فى النهر واعلم ان الدراهم والدنانير أثمان ابدا سواء قوبلت بغيرها أو بجنسها وأما الاعيان القيمية فمبيعة أبدا وأما الاعيان المثلية فان قوبلت بالنقود فهى مبيعات أو بأمثالها فما كان موصوفا فى الذمة ثمن وما كان معينا فمبيع فان كان كل منهما معينا فما صحبه الباء أو على فهو ثمن كما فى الفتح ومن حكم النقود انها لا تتعين بالتعيين فى عقود المعاوضات بل فى المغصوب والامانات والوكالات وكذا فى كل عقد ليس معاوضة ولا تتعين فى المهر قبل الطلاق وبعده قبل الدخول وفى تعينها فى العقود الفاسدة روايتان ولو كسدت فى يد الدلال فلا مطالبة على المشترى حيث باع باذن المالك بحر فان قلت يخالفه مافى الدرر حيث قال شرى بقطع رائجة فكسدت يجب قيمتها يوم البيع من الذهب لا غير اذ لا يمكن الحكم بمثلها لمنع السلطان ولا يدفع قيمتها من الفضة الجديدة لانها مما يغلب غشها جيدها ورديئها سواء اه قلت لا تخالف لان مافى الدرر يحمل على ما اذا كسدت قبل ان يقبضها البائع أو الدلال فتدبر (قوله أى اذا كان الثمن غير مشار اليه) فيه قصور وكان الاولى ابقاء المتن على اطلاقه متنا ولا للمبيع (قوله لابد من معرفة قدره) فبيع الشئ برقمه من قبيل الفاسد كما فى الشرنبلالية خلافا لما فى الدرر حيث

ولا يبقى للآخر ولاية القبول بعده (ولا بد من معرفة قدر ووصف ثمن غير مشار) أى اذا كان الثمن غير مشار اليه لابد من معرفة قدره ووصفه

جعله من الموقوف والرقم بسكون القاف علامة يعرف بها مقدار ما وقع به البيع من الثمن فاذا لم يعلم المشترى ينظر ان علم فى مجلس البيع نفذ وان تفرقا قبل العلم بطل درر من باب البيع الفاسد وتعقبه فى الشرنبلالية من وجهين الاول ان قوله نفذ نظر فيه بأن النافذ لازم وهذا فيه الخيار بعد العلم بقدر الثمن فى المجلس الثانى ان قوله بطل غير مسلم لانه فاسد يفيد الملك بالقبض وعليه قيمته بخلاف الباطل وأجاب شيخنا عن الاول بانه ليس كل نافذ لازما فقد شاع أخذهم النافذ مقابلا للموقوف انتهى ولهذا ذكر الشارح أول باب خيار الرؤية ان خيار العيب يمنع لزوم الحكم مع ان بيع المعيب نافذ (قوله لامشار) بالرفع كما اقتضاه مزج العينى فى شرحه حيث قال لا يحتاج الى معرفة القدر فى المبيع والثمن و وصفه فى الذى هو مشار اليه وضبطه بالرفع الشمس الغزى بالقلم والرازى ضبطه بالقلم بالجر (فرع) قال بعت منك هذا الحمار بكذا وأشار الى عبد جاز العقد على العبد ولا عبرة بالتسمية لان العقد تعلق بالمشار اليه حموى عن المحيط (قوله أى اذا كان الثمن مشارا اليه) فيه قصور والاولى ان يقال كما فى الزيلعى أى لا يحتاج الى معرفة القدر والوصف فى المشار اليه من الثمن أو المبيع لان الاشارة ابلغ أسباب لتعريف و جهالة قدره و وصفه بعد ذلك لا تفضى الى المنازعة فلا تمنع الجواز بخلاف الربوى اذا بيع بجنسه حيث لا يجوز جزافا لاحتمال الربا و بخلاف رأس مال السلم كذا ذكر الزيلعى رأس مال السلم مطلقا لكن قيده فى النهر والدر بما اذا كان مكيلا أو موزونا فكلام الزيلعى خال عن تقييد رأس مال السلم بالمكيل والموزون خلافا لمن عزا اليه ذلك فلو أشار الى دراهم مستورة فلما كشف عنها ظهر انها زيوف أو خلاف نقد البلد استحق الجياد من نقد البلد بحر ولو وجدها ستوقة أو رصاصا فسد البيع وعليه القيمة ان كان أتلفها نهر (تتمة) اقر المؤجر بقبض الاجرة ثم ادعى انها زيوف أو نبهرجة لا يقبل قوله ولا بينته ولو قال قبضت من المستاجر كذا من الدراهم ولم يقل الاجرة ثم قال هذه الدراهم نبهرجة فالقول قوله والحاصل انه متى أقر بقبض الحق ثم ادعى انه زيوف لا يصدق لتناقضه لان اقراره بقبض الحق اقرار بقبض الجياد وكذا البائع اذا ادعى ان ما قبضه من المشترى وجده مردودا بين الناس وأراد رده على المشترى فان سبق منه الاقرار بقبض الثمن لم يقبل قوله ولا يلزم المشترى ان يدفع اليه غيره ذلك ولو اختار البائع تحليف المشترى يحلفه القاضى على العلم فاذا نكل ردت عليه لانه أقر بما ادعاه بطريق النكول وان لم يقر بقبض الثمن بل اقر بقبض دراهم مثلا ولم يقل هى الثمن ولا الحق كان القول للبائع مع يمينه هذا اذا انكر المشترى انها من دراهمه وكذا الديون ينبغى أن يكون الجواب فيها كالجواب فى الاجرة والثمن هذا كله ان كان الذى يريد رده من الزيوف او النبهرجة وأما الستوقة فلا يقبل قوله مطلقا سواء أقر بقبض الحق أم لم يقر بأن اقتصر على قوله قبضت كذا من الدراهم مثلا لان الستوقة ليست من جنس الدراهم شيخنا عن أنفع الوسائل واعلم ان الزيوف كالجياد فى مسائل ستة تعلم بمراجعة البحر (تتمة) سئل شيخنا عما اذا ادعى البائع عدم البيع فى نفس الامر بل بحسب الظاهر وانه اتفق مع المشترى على ذلك أى على انه يبيع منه داره لامر يخافه ارتكبه فى الظاهر وليس ذلك ببيع فى الحقيقة وأنكر المشترى ذلك فأجاب بأنه اذا ثبت بالبينة ما ذكر منع المشترى وان لم يكن له بينة استحلفه قال وهذا البيع باطل و يعبر عنه ببيع التلجئة كما فى الخانية وغيرها انتهى (قوله و باجل معلوم) معناه اذا بيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر لقوله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا من غير فصل وعنه عليه السلام انه اشترى من يهودى الى أجل ورهن درعه زيلعى والحديث رواه البخارى ومسلم عن عائشة وليس فيه ذكر المشترى يعنى المبيع فادرج صاحب الهداية طعاما كذا ذكره نوح أفندى والذى فى الدرر المشترى كان ثوبا قيد بالمعلوم لانه الى مجهول فاسد وليس منه ما لو باعه مؤجلا لانصرافه الى شهر ولو اختلفا فى أصله فالقول لنافيه أو فى قدره فلمدعى الاقل والبينة بينة المشترى فى الوجهين ولو فى مضيه فالقول للمشترى والبينة بينته أيضا نهر عن الحدادى و يبطل الاجل بموت المشترى لا البائع ولا يبطل بقول المشترى لا حاجة لى بالاجل أو برئت منه

ولو

(لامشار) أى اذا كان الثمن مشارا اليه لا حاجة الى معرفة قدره و وصفه فى جواز البيع (وصح) البيع (بثمن حال و) مؤجل (باجل معلوم)

ولو قال تركته أو أبطلته او جعلت المال حالا بطل * له ألف من ثمن مبيع فقال اعطيه كل شهر مائة درهم لا يكون تأجيلا * عليه ألف جعله الطالب نجوما ان اخل بنجم حل الباقى فالامر على ما اشترطا نهر وغيره وقوله ان اخل الخ أى على شرط انه ان اخل بنجم حل الباقى وابتداء التأجيل من وقت التسليم ولو فيه خيار فمن سقوط الخيار عنده خانية ولو حبس البائع السلعة سنة الاجل فللمشترى اجل سنة ثانية عند الامام خلافا لهما ومحل الاختلاف ما اذا قال الى سنة اما لو قال الى رجب وحبسه اليه فليس له من الاجل غيره لانه علم على رجب فانصرف الى أول رجب يأتى عقب العقد باتفاق درر مع الشرنبلالية بقى ان يقال مقتضى التعبير بحبس البائع السلعة انه امتنع من تسليم المبيع للمشترى حتى مضت سنة التأجيل فيستفاد منه ان المشترى لو لم يطلب المبيع من البائع حتى مضت السنة لم يكن له سنة اخرى لعدم وجود الامتناع من البائع فكان التقصير من المشترى الى هذا اشار فى الدر ولكن فى البحر عن شارح المجمع المراد بمنعه سنة التأجيل عدم قبض المشترى المبيع مجاز الا ان يكون منعه سببا له انتهى فعلى هذا اذا مضت سنة التأجيل قبل القبض يكون له سنة أخرى سواء وجد الطلب من المشترى فامتنع البائع ام لا فتدبر (تتمة) باع بحال ثم اجله اجلا معلوما او مجهولا كنيروز وحصاد صار مؤجلا درعن المنية فعلى هذا قولهم البيع الى اجل مجهول فاسد مقيد بما اذا وقع الاجل شرطا فى صلب العقد ولكن عدم الفساد بالنسبة لمذهب الصاحبين ظاهر واما الامام فلا فرق فى الفساد عنده بين ان يقع فى صلب العقد او بعده ولهذا نقل فى البحر عن الخانية ما نصه لو باعه ثم اجل الثمن الى الحصاد فسد عند الامام خلافا لهما انتهى بقى ان يقال عدم فساد العقد عندهما حيث لم يكن اشتراط الاجل المجهول فى صلب العقد لا يستلزم صحة اشتراطه بل عدم صحته مما لا خلاف فيه ولهذا قال فى البحر ومن الاجل المجهول ما اذا شرطا ان يعطيه الثمن كل اسبوع البعض فان لم يكن شرطا فى البيع وانما ذكره بعده لم يفسد وكان له ان يأخذ الكل جملة انتهى فقوله و كان له ان يأخذ الكل جملة ظاهر فى عدم صحة اشتراط الاجل المجهول عندهم وانما الخلاف فى فساد العقد فقط حيث لم يشترط فى صلب العقد فما فى الدرر عن المنية من انه يصير مؤجلا سواء كان الاجل معلوما أو مجهولا فيه نظر ظاهر (قوله ومطلقه) أى مطلق الثمن أراد ان يكون مطلقا عن نقد البلد وعن قدر وصف الثمن بعد ان سمى قدره بان قال عشرة دراهم مثلا فاذا كان كذلك ينصرف الى المتعامل به فى بلده لان المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص زيلعى فاذا باع الآن بعشرة قروش انصرفت الى ثلاثمائة نصف فضة اذ المتعامل به عند اطلاق القرش ثلاثون نصفا فضة والقرينة على هذه الارادة قوله السابق ولا بد من معرفة قدر (قوله على النقد الغالب) سواء كان هو المتعامل به مع وجود دراهم اخرى لا يتعامل بها أو يتعامل بها الا ان غيرها اكثر تعاملا نهر (قوله كان على غالب نقد البلد) أى الذى جرى فيه البيع لا بلد المتعاقدين نهر ومنه يعلم جواب ما توقف فيه السيد الحموى حيث قال ينظر حكم ما لو باعه بمصر بالريال ولم يقبض منه بها ثم وكل وكيلا بالقبض منه بأرض الحجاز هل تعتبر قيمة الريال بمصر التى وقع بها العقد ام قيمته بأرض الحجاز انتهى واعلم ان اعتبار قيمة الريال محمول على ما اذا عدم الريال أو وقع عليها التراضى والا لا يجبر على أخذ القيمة (قوله فسد البيع) ان لم يبين المشترى فى المجلس ويرضى البائع لارتفاع المفسد قبل تقرره قيد بالبيع لانه فى الوصية اذا اختلفت الدراهم فى المالية وتساوت فى الرواج تنفذ وصاياه باقل النقود وان تفاوتت فى الرواج وتساوت فى المالية انصرفت الى النقد الغالب بحر (قوله هذا اذا كان الكل فى الرواج سواء) اعلم ان المسئلة رباعية استويا مالية ورواجا خير فى الدفع كالكلاب وانصافها واثلاثها اختلفا مالية ورواجا كالريال والكلب بالشام انصرف الى غالب نقد البلد اختلفا رواجا فقط انصرف الى الاروج كالريال والاثمان منه الرابعة منطوق المتن اختلفا مالية واستويا رواجا فسد كالريال والكلب بمصر فاذا باعه بعشر قروش تجارة لا بد من البيان فى المجلس شيخنا (قوله ينصرف الى الاروج) مقيد بما اذا كانت فى المالية سواء اما اذا اختلفت فى المالية والرواج ينصرف

ومطلقه على النقد الغالب) أى ومن أطلق الثمن فى البيع بأن ذكر القدر دون الصفة كان على غالب نقد البلد (وان اختلفت النقود) فى البلد (فسد) البيع (ان لم يبين) أحدها هذا اذا كان الكل فى الرواج سواء وان كان بعض النقود اروج ينصرف الى الاروج

الى غالب نقد البلد كما سبق واعلم ان الذهب من قبيل المختلف مالية فقط دون الرواج فلو وقع البيع بالذهب مطلقا يفسد ان لم يتراضيا على بيانه فى المجلس فيعود العقد الى الجواز لزوال المفسد قبل تقرره وهذا مما يختلف باختلاف الزمن والمرجع فيه للعرف حتى لو تعورف انصراف الذهب عند ذكره مطلقا لنوع معين كان ذلك بمنزلة التنصيص عليه اذ المعروف عرفا كالمشروط شرطا (قوله ويباع الطعام) هو الحنطة ودقيقها فعطف الحبوب من عطف العام على الخاص نهر وفى البحر الفتوى على ان الطعام لا يخص الحنطة والدقيق الخ (قوله كيلا) تمييز غير محول على حد امتلا الاناء ماء وفى البحر عن البزازية بيع الحنطة بالدراهم وزنا يجوز ويجوز بيع كل ما لا يتفاوت كالبر بلا اشارة ولا اضافة لو كان فى ملكه قدر المبيع (قوله وجزافا) مثلث الجيم در واقتصر فى البحر والنهر على الضم ونقل السيد الحموى عن المفتاح انه بكسر الجيم هو المسموع انتهى وهو باطل يشمل ما لو باعه بعد ان استحصد الزرع أى ادرك قبل الدوس والتذريه لانه باع موجودا يقدر على تسليمه بخلاف لو باع تبنه لانه لا يكون الا بعد الدوس والتذريه شيخنا (قوله هذا اذا باعه بخلاف جنسه) ولم يكن رأس مال السلم زيلعى والجنس اخص من النوع عند الاصوليين قهستانى (قوله وان باع بجنسه الخ) الا اذا ظهر تساويهما فى المجلس بحر أو كان قليلا وهو ما دون نصف الصاع لان ادنى ما يكون مال الربا نصف صاع حتى اذا باع منا من حنطة بمن ونصف من يجوز وقال القهستانى ادنى مال الربا نصف صاع أو قفيز على اختلاف العبارتين أو الربا واثنين انتهى وعن محمد انه كره التمرة بالتمرتين وقال كل شئ حرم كثيره فالقليل منه حرام عينى (قوله ويباع باناء أو حجر الخ) لان هذه الجهالة لا تفضى الى المنازعة وهذا من المجازفة وعطفه عليها لانه على صورة الكيل وليس به حقيقة ففى السراج ومن المجازفة ما لو اشتراه مكايلة باناء لا يعرف قدره نهر ويشترط لبقاء العقد على الصحة بقاء الاناء أو الحجر على حالهما فلو تلف قبل التسليم فسد البيع لانه لا يعلم مبلغ ما باعه والمراد جواز البيع لا اللزوم فله خيار كشف الحال بحر وفيه عن النوازل اشترى بوزن هذا الحجر ذهبا ثم علم به جاز وله الخيار انتهى ومفاده عدم الجواز اذا لم يعلم بمبلغ وزن الحجر من الذهب لكون الثمن مجهول القدر فيفسد العقد لكن اذا حصل العلم به فى المجلس يعود الى الجواز لزوال المفسد قبل تقرره فقوله فى النوازل جاز أى عاد الى الجواز والذهب ليس بقيد فغيره كالفضة والفلوس الجدد كذلك (قوله عن أبى حنيفة انه لا يجوز) لان هذا جزاف وشرط جوازه ان يكون مميزا مشارا اليه زيلعى والاول هو الاصح نهر وحمل فى الفتح ما روى عن الامام من عدم الجواز على عدم اللزوم قال فى البحر وهو غير محتاج اليه بل ظاهر الهداية انه على حقيقته ولهذا قال الجواز أصح واظهر انتهى (قوله وانما خص الحجر الخ) فيه ان بعض الحجارة قد تتفتت حموى وأجاب شيخنا بان هذا خارج عن كلامه لتخصيصه بعده بحجر لا يحتمل الزيادة والنقصان (قوله حتى لو باعه بوزن هذه البطيخة لم يجز) لاحتمال النقصان بالجفاف قال فى الفتح وليس بشئ فان البيع بوزن حجر بعينه لا يصح الا اذا شرط تعجيل التسليم ولا جفاف يوجب نقصانا فى ذلك الزمن وبتقدير التسليم فالجفاف يسير وقد قالوا لو باع الجمد فى المجمدة جاز مطلقا فى الاصح اذا سلمه قبل ثلاثة أيام لان النقص قبلها قليل فاهدر فكذا فى البطيخة نهر (قوله يريد بالاناء الخ) ينبغى ان يزيد ويريد بالحجر حجرا لا يتفتت كالصوان حموى وفيه ان هذا استفيد من قوله المسئلة فيما لا يحتمل الزيادة والنقصان (قوله لا يتسع عند الكيل الخ) بان يكون من خشبة أو حديد بخلاف الزنبيل والغرائر بحر (قوله فانه لا يجوز) الا فى قرب الماء استحسانا للتعامل فيه روى ذلك عن أبى يوسف زيلعى وفى البحر عن المحيط بيع الماء فى الحياض والآبار لا يجوز الا اذا جعله فى وعاء انتهى ولم يذكر وجهه وهو ظاهر فى البئر لاختلاط المبيع بغيره اذا كانت معينة ولان ما فى البئر أو الحوض من الماء مجهول القدر اذ القلة والكثرة تختلف بحسب اختلاف العمق فكانت الجهالة متفاحشة بخلاف الجهالة فى بيع الطعام جزافا أو البيع باناء أو حجر بعينه لم يعلم قدره فانها يسيرة هذا

(ويباع الطعام) والحبوب (كيلا وجزافا) هو معرب الكزاف والجزاف فى البيع والشراء ما يكون بلا كيل ولا وزن هذا اذا باعه بخلاف جنسه مجازفة وان باع بجنسه مجازفة لا يجوز (و) يباع (باناء أو حجر بعينه) متعلق بهما (لم يدر قدره) وروى الحسن عن أبى حنيفة انه لا يجوز وانما خص الحجر بالذكر لان المسئلة فيما لا يحتمل الزيادة والنقصان والحجر كذلك حتى لو باعه بوزن هذه البطيخة أو هذا الطين لم يجز لاحتمال النقصان بالجفاف ومن هذا علم انه يريد بالاناء اناء لا يتسع عند الكيل ولا ينقبض عند عدمه فانه لا يجوز (ومن باع صبرة) من الطعام

اذا كان الماء فى البئر أو الحوض مملوكا فان كان مباحا كالآبار التى توجد فى الفلوات فوجه عدم جواز البيع ان المباح لا يملك قبل الاحراز (قوله ومن باع صبرة) الصبرة هى البر المجموع حموى ونقل عن القاموس الصبرة بالضم ما جمع من الطعام بلا كيل ووزن قال فى النهر وليست الصبرة قيدا بل أراد بها كل مكيل أو موزون أو معدود لا تتفاوت آحاده (قوله كل صاع بدرهم) هذا مثال لانه لو قال كل صاعين أو ثلاثة فانه يصح بقدر ما سمى عنده بحر قال وقيد بعدم تسمية ثمن الجميع لانه لو بينه ولم يبين جملة الصبرة كما لو قال بعتك هذه الصبرة بمائة درهم كل قفيز بدرهم فانه يجوز فى الجميع اتفاقا واعلم ان قوله كل صاع بدرهم بالنصب بدل من صبرة عينى ونقل السيد الحموى عن المفتاح انه مبتدأ وخبر والجملة صفة صبرة والصاع اسم للخشبة المنقورة التى تسع أربعة امناء (قوله صح البيع فى صاع واحد عند أبى حنيفة) لانه معلوم والباقى مجهول عينى مع الخيار للمشترى لتفرق الصفقة عليه دون البائع نهر وذكر فى البحر ما نصه وفيها أى فى غاية البيان لكل منهما الخيار قبل الكيل للجهالة أو لتفرق الصفقة واستشكل القول بتفرق الصفقة على قول الامام لانه قال بانصرافه الى الواحد وصرح فى البدائع بلزوم البيع فى الواحد وهو الظاهر اه (قوله الا ان يسمى جملة قفزانها) قال فى النهر وافهم كلامه انه فاسد فى الباقى الى تسمية الكل فى المجلس أو كيله فيه لزوال المفسد قبل تقرره فيثبت حينئذ على وجه يكون الخيار للمشترى فان رضى هل يلزم البيع بدون رضا البائع أو يتوقف على قبوله روى الثانى عن الامام انه لا يجوز الا بتراضيهما وروى محمد خلافه حتى لو فسخ البائع البيع بعد الكيل ورضى المشترى بأخذ الكل لا يعمل فسخه وهو الظاهر انتهى وان علمت التسمية أو الكيل بعد الافتراق تقرر الفساد وقول العينى وان علم ذلك بعد الافتراق فسد البيع قال شيخنا لعله لو قال تقرر الفساد كان أولى كما لا يخفى (قوله وقالا يجوز فى الكل الخ) لان المبيع معلوم بالاشارة والمشار اليه لا يحتاج الى معرفة قدره وجهالة الثمن بيدهما رفعها بان يكيلاه فى المجلس وما هو كذلك لا يفضى الى المنازعة وله ان الثمن مجهول وذلك مفسد ولا جهالة فى القفيز فصح فيه وكون العاقدين بيدهما ازالة الجهالة لا يوجب صحة البيع قبل ازالتها بدلالة الاجماع على عدم جواز بيع الثوب برقمه مع ان بيد البائع ازالتها وظاهر الهداية ترجيح قولهما وفى عيون المذاهب لابى الليث الخوارزمى احترازا عن أبى الليث السمرقندى وبه يفتى لا لضعف دليل الامام بل تيسيرا على الناس نهر (قوله لا يصح عنده فى الكل) أى كل صاع منهما الا فى المجموع بقرينة قوله الآتى ان العقد يصح على قفيز واحد منهما عنده حموى واقول يعين ارادة المجموع قوله فى الدرر لا يصح البيع عنده فى قفيز واحد لتفاوت الصبرتين ثم حكى عن المحيط والايضاح ما نقله الشارح عنهما والقفيز ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف (قوله وذكر فى المحيط والايضاح ان العقد يصح على قفيز واحد الخ) أى لا يفسد البيع فى جميع الصبرتين عند أبى حنيفة بل يصح فى قفيز واحد منهما أى فى نصف قفيز من كل واحدة منهما ويفسد فى الباقى نوح افندى (قوله ومن باع ثلة) بفتح المثلثة وتشديد اللام عينى قال فى القاموس هى جماعة الغنم أو الكثير منها أو من الضأن خاصة الخ وبالضم الكثير من الناس نهر (قوله أى قطيع غنم) اقتصر عليه الشارح نظرا لقوله كل شاة بدرهم أو اشار به الى بيان معنى الثلة فى اللغة والا فالحكم يعم الابل والبقر وكل ما فى تبعيضه ضرر كالمصنوع من الاوانى ولهذا قال الزيلعى وعلى هذا كل عددى متفاوت (قوله أو ثوبا) يضره القطع اما فى الكرباس فينبغى ان يجوز عنده فى واحد كالصبرة نهر وهذا عند أبى حنيفة وعندهما يجوز فى الكل لما ذكرنا ان هذه الجهالة بايديهما رفعها وله ما ذكرنا من الجهالة الا ان الواحد متيقن به فيصرف اليه غير ان افراد الشياه متفاوتة فيفسد وقطع ذراع من الثوب ضرر على البائع فلا يجوز كما لو باع جذعا من سقف زيلعى ومنه يعلم ما فى قول العينى والدليل ما مر بقى ان ظاهر تنظير الزيلعى ببيع جذع من سقف يفيد انه لو قطع الثوب وسلمه يجبر المشترى على القبول كما هو الحكم فى الجذع لكن فى البحر لو قطع الذراع وسلمه لم يجز أيضا الا ان يقبل وعن أبى يوسف جوازه

(كل صاع بدرهم صح) البيع (فى صاع) واحد عند أبى حنيفة الا ان يسمى جملة قفزانها وقالا يجوز فى الكل سمى أو لم يسم ولو باع كل قفيز بدرهم من صبرتى بر وشعير لا يصح عنده فى الكل وعندهما يصح فى الكل وذكر فى المحيط والايضاح ان العقد يصح على قفيز واحد منهما عنده (ومن باع ثلة) أى قطيع غنم (أو ثوبا) مشارا اليه (كل شاة أو كل ذراع بدرهم فسد) البيع (فى الكل) أى فى كل البيع

وعن محمد هو فاسد لكن لو قطع وسلم ليس للمشترى الامتناع ثم اعلم ان ما وقع فى نسخ الزيلعى من قوله وقطع ذراع من الثوب ضرر على الباقى وجرى عليه بعضهم تحريف من النساخ والصواب على البائع شيخ شاهين (قوله ولو سمى الكل) أى كل المبيع والثمن كذا فى النهر لكن نقل السيد الحموى عن المفتاح انه اذا سمى جملة الاغنام والذرعان ولم يسم جملة الثمن فقال بعت منك هذه العشرة اغنام أو هذا الثوب وهو عشرة اذرع جاز اتفاقا وكذا اذا سمى جملة الثمن ولم يذكر المعقود عليه وقال بعت منك هذه الاغنام أو هذا الثوب بعشرة كل شاة أو ذراع بدرهم جاز اتفاقا اه وقوله بعت منك هذه العشرة اغنام الخ يحمل على انه سمى لكل شاة أو ذراع ثمنا يشير الى ذلك قوله ولم يسم جملة الثمن وان كان ذلك يستلزم العلم بجملته فقوله ولم يسم جملة الثمن أى لم يذكر جملته صريحا وقوله وكذا اذا سمى جملة الثمن ولم يذكر المعقود عليه الخ أى لم يذكر جملة المعقود عليه واعلم ان ما فى المفتاح لا ينافى ما فى النهر عن الحلوانى من انه اذا علم عدد الاغنام فى المجلس لا ينقلب العقد صحيحا فى الاصح لكن لو كان كل منهما على رضاه ينعقد البيع بالتعاطى والعلم به بان عزلها المشترى وذهب والبائع ساكت اه ومثله فى الدر عن السراج مع زيادة قوله ونظيره البيع بالرقم اه ووجه عدم المنافاة ان كلام المفتاح مفروض فيما اذا وجدت تسمية جملة الاغنام أو الذرعان عند العقد فكان المبيع معلوما لا جهالة فيه ولهذا قال فى الدر بعد قوله وان علم عدد الغنم فى المجلس لم ينقلب صحيحا عنده على الاصح الخ ما نصه ولو سمى عدد الغنم والذرع أو جملة الثمن صح اتفاقا انتهى فتحصل ان شرط الجواز احد امرين اما العلم بجملة الثمن وان لم يعلم عدد المعقود عليه أو العلم بعدد المعقود عليه وان لم يعلم جملة الثمن لان العلم بثمن كل واحد من الشياه أو الذرعان يغنى عن التصريح بجملة الثمن وبما قررناه يظهر لك ان ما وقع لبعضهم من قوله ولو علم عدد الاغنام فى المجلس انقلب صحيحا عنده على الاصح صوابه لم ينقلب كما فى البحر والنهر والدر وشرح الحموى بخطه فى مسودته ويدل على ذلك أيضا ما سبق من انه اذا كان كل منهما على رضاه ينعقد البيع بالتعاطى (قوله فى هذه المسائل الثلاث) الصبرة والثلة والثوب (قوله فحينئذ لا يحتاج الى التقدير) أى الى زيادة التقدير اذ تقدير قوله فى هذه المسائل يغنى عن زيادة تقدير قوله أى فى كل المبيع حموى (قوله فلو نقص كيل الخ) والقول للمشترى فى النقصان وان وزنه له البائع ما لم يقر بأنه قبض منه المقدار نهر عن الخانية (قوله أخذ بحصته) لان الثمن ينقسم بالاجزاء على أجزاء المبيع المثلى مكيلا أو موزونا نهر والتقييد بالمثلى للاحتراز عن القيمى ولهذا ذكر فى النهر أيضا عن الخانية ما نصه باع لؤلؤة على انها تزن مثقالا فوجدت أكثر سلمت للمشترى لان الوزن فيما يضره التبعيض وصف بمنزلة الذرعان فى الثوب انتهى (قوله أو فسخ) لتفرق الصفقة وكذا كل مكيل أو موزون ليس فى تبعيضه ضرر در (قوله فالزائد للبائع) لان المبيع وقع على مقدار معين فما زاد لم يدخل فى العقد وقيده الزاهدى بما لا يدخل تحت الكيلين أو الوزنين اما ما يدخل فلا يجب رده واختلف فى قدره فقيل نصف درهم فى مائة وقيل دانق فى مائة لا حكم له وعن أبى يوسف دانق فى عشرة كثير وقيل ما دون حبة عفو فى الدينار وفى القفيز المعتاد فى زماننا نصف من نهر (قوله ان شاء أخذها بجملة الثمن) لان الذرع وصف لانه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شئ من الثمن كاطراف الحيوان حتى ان من اشترى جارية فاعورت فى يد البائع قبل التسليم لا ينقص شئ من الثمن ولو اعورت عند المشترى جاز له ان يرابح على ثمنها بلا بيان نهر وظاهر اطلاقه انه لا يلزمه البيان مطلقا وان أخذ الارش (قوله وان شاء ترك) لفوات الوصف المشروط المرغوب فيه كما لو اشتراها على انها بكر فوجدها ثيبا نهر (قوله فهو للمشترى) كما لو باعها على انها ثيب فوجدها بكرا واعلم ان اطلاقه يفيد ان الزيادة له ديانة أيضا وهو قول أبى حفص الكبير وأبى الليث لان المذكور فى فتاوى النسفى وامالى قاضيخان انها لا تسلم له ديانة (قوله ولا خيار للبائع) كما اذا شرط معيبا فوجده سليما عينى وتظهر ثمرة كون الذرع وصفا والقدر أصلا فى مواضع منها مسئلة الكتاب ومنها انه لا يجوز للمشترى التصرف

في المكيل

(ولو سمى الكل) فى المجلس فى هذه المسائل الثلاث (صح) مطلقا سواء كان عند العقد او بعده ليوافق قوله وقد ... فى الكل أى فى كل المبيع فى هذه المسائل فحينئذ لا يحتاج الى التقدير (فلو نقص كيل أخذ بحصته أو فسخ وان زاد فللبائع) أى لو ابتاع صبرة على انها مائة قفيز بمائة درهم فوجدت أقل فالمشترى بالخيار ان شاء أخذ الموجود بحصته وان شاء فسخ البيع وان وجدها أكثر فالزائد للبائع (ولو نقص ذراع أخذ بكل الثمن أو ترك وان زاد فللمشترى) أى ان اشترى ثوبا أو أرضا على انه عشرة أذرع بعشرة فوجدها أقل فالمشترى بالخيار ان شاء أخذها بجملة الثمن وان شاء ترك وان وجدها أكثر من الذرع الذى سماه فهو للمشترى (ولا خيار للبائع)

فى المكيل والموزون قبل الكيل أو الوزن اذا اشتراه بشرط ذلك ويجوز له فى المذروع قبل الذرع سواء اشتراه مجازفة أو بشرط الذرع لان الذرع لما كان وصفا لم يلزم اختلاط المبيع بغيره لان الكل للمشترى سواء زاد أو نقص ولما كان كل من الكيل والوزن أصلا يلزم الاختلاط اذا زاد المبيع لان الزائد للبائع ومنها ان بيع الواحد بالاثنين لا يجوز فى المكيلات والموزونات لكون الزيادة فيهما أصلا فكانت شيئا يعتد به فلا يجوز البيع بدون المساواة بخلاف المذروع والفارق بين الاصل والوصف ان ما يتعيب بالتبعيض والتشقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف وما لا يتعيب بهما فالزيادة والنقصان فيه أصل وقيل الوصف ما لوجوده تأثير فى تقوم غيره ولعدمه تأثير فى نقصان غيره والاصل ما لا يكون كذلك ولهذا كان القدر فى المكيلات والموزونات أصلا بخلاف الذرع فى المذروعات فانه وصف لان المكيل والموزون لا يتعيب بالنقص والمذروع يتعيب به ولان عشرة أقفزة حنطة مثلا لو انتقص منها قفيز يشترى الباقى منها بالثمن الذى كان يخصه ولو انتقص من المذروع كالثوب أو الدار ذراع لا يشترى الباقى منها بالثمن الذى كان يخصه نوح أفندى ملخصا وقوله الوصف ما لوجوده تأثير فى تقوم غيره أى فى زيادة تقوم غيره ويحصل من كلامه ان القلة والكثرة لا تنافى كون الذرع وصفا فما فى النهر من قوله وفى كون الذرع من قبيل الوصف اشكال اذ لقائل ان يمنع كونه وصفا لانه كما يجوز ان يقال طويل وعريض يقال قليل وكثير ساقط (قوله ولو قال بعتك على انه مائة ذراع بمائة درهم الخ) أطلق فى المذروع فشمل الثوب والارض والخشب والدار (قوله أو ترك) انما قال فى الاولى أو ترك وفى الثانية أو فسخ لان المسمى لما كان ناقصا فى الاولى لم يوجد المبيع فلم ينعقد البيع حقيقة فكان أخذ الاقل بالاقل كالبيع بالتعاطى وفى الثانية وجد المبيع مع زيادة هى تابعة فى الحقيقة درر ولا يخفى ما فى قوله فى جانب الزيادة هى تابعة فى الحقيقة لان خيار الفسخ مفروض فيما اذا سمى لكل ذراع ثمنا كما ذكره هو فيكون أصلا لا وصفا ولهذا اذا اختار أخذه يأخذه كله كل ذراع بدرهم فجعله الزيادة تابعة غير مسلم اذ لو كانت تابعة لم يقابلها شئ من الثمن ولم أر من نبه على ذلك (قوله أخذ كله كل ذراع بكذا أى بدرهم أو فسخ) لان الذراع وان كان وصفا يصلح ان يكون أصلا لانه عين ينتفع به بانفراده فاذا سمى لكل ذراع ثمنا جعل أصلا والا فهو وصف فاذا صار أصلا فوجده ناقصا أخذه بحصته ويثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه وان وجده زائدا فهو بالخيار ان شاء أخذه كله كل ذراع بدرهم أو فسخ لان زيادة المبيع وان كانت نفعا لكن يشوبها ضرر زيادة الثمن فيتخير وليس له ان يأخذ القدر المسمى ويترك الزائد لان التبعيض ضرر بخلاف الصبرة الا ترى انه لا يجوز بيع بعض المذروع ابتداء وفى الصبرة يجوز زيلعى (قوله وفسد بيع عشرة أذرع الخ) وجه قولهما بالجواز ان عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فأشبه عشرة أسهم من مائة سهم وله ان البيع وقع على قدر معين من الدار لا على شائع لان الذراع فى الاصل اسم للخشبة يذرع بها واستعير ههنا لما يحله وهو معين لا مشاع لان المشاع لا يتصور ان يذرع فاذا أريد به ما يحله وهو معين لكنه مجهول الموضع فسد العقد درر وقوله لكنه مجهول الموضع أى لم يعين ذلك الموضع انه من مقدم الدار أو من مؤخرها وجوانبها تتفاوت قيمة فكان المعقود عليه مجهولا جهالة مفضية الى النزاع فيفسد كبيع بيت من بيوت الدار كذا فى الكافى والذراع من المرفق الى أطراف الاصابع ثم سمى بها الخشبة التى يذرع بها والمذروع أيضا مجازا وهى مؤنثة ولا يشكل بما فى الغاية من قوله استعير الذراع لمحله وهو الممسوح حيث ذكر الفعل ولم يقل استعيرت لان التذكير على تأويل الذراع بما يذرع به عزمى زاده (قوله خلافا لهما مطلقا) أى سواء سمى جملة الذرعان أولا حموى فان قلت ما علل به الزيلعى للصاحبين من قوله ان هذه الجهالة يمكن رفعها بالذرع فلا تفضى الى المنازعة لا يلائم ما قدمناه عن الدرر من ان وجه قولهما بالجواز ان عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار الخ لاقتضائه عدم الجهالة قلت ما علل به فى الدرر يبتنى على التصريح بجملة

(ولو قال) بعتك على انه مائة ذراع بمائة درهم (كل ذراع بكذا) أى بدرهم (ونقص) ذراع فالمشترى بالخيار ان شاء (أخذ) المشترى (بحصته) من الثمن (أو ترك وان زاد) فله الخيار ان شاء (أخذ كله كل ذراع بكذا) أى بدرهم (أو فسخ) البيع (وفسد بيع عشرة أذرع) من مائة ذراع (من دار) أو حمام عنده خلافا لهما مطلقا (لا أسهم) أى لا يفسد بيع عشرة أسهم من مائة سهم من دار أو حمام بالاجماع

وذكر الخصاف لو علم جملة الذرعان يجوز عنده وذكر ابو زيد الشروطى وغيره انه فاسد عنده وان علم جملة الذرعان وهو الصحيح (وان اشترى عدلا) بالكيل (على انه عشرة أثواب فنقص) ثوب (وزاد) ثوب (فسد) البيع (ولو بين لكل ثوب ثمنا بان قال بعتك هذا العدل على انه عشرة أثواب كل ثوب بدرهم (ونقص ثوب صح) البيع (بقدره وخير) المشترى ان شاء أخذ الباقى بحصته من الثمن وان شاء ترك وان زاد) ثوب (فسد) البيع فى الكل وأكثر مشايخنا على ان الجواز فى فصل النقصان قولهما واما عند ابى حنيفة فالعقد فاسد وقال شمس الائمة السرخسى الاصح ان هذا قولهم (ومن اشترى ثوبا على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم أخذه) المشترى (بعشرة فى عشرة ونصف) فسلم له نصف ذراع مجانا (بلا خيار) عنده وعند أبى يوسف أخذه بأحد عشر ان شاء وعند محمد يأخذه بعشرة ونصف ان شاء (و) أخذه (بتسعة فى تسعة ونصف بخيار) عنده وعند أبى يوسف ان وجده تسعة ونصفا أخذه بعشرة ان شاء وعند محمد يأخذه بتسعة ونصف ان شاء
(فصل) فيما يدخل تحت البيع بلا ذكر وفيما لا يدخل وغيرهما

ذرعان الدار فى البيع وماذكره الزيلعى يبتنى على عدم التصريح بذلك والحاصل انه لا خلاف للمشايخ فى جواز البيع عندهما اذا وجد التصريح بجملة ذرعان الدار فى البيع واذا لم يوجد ذلك اختلفوا على قولهما فمنهم من قال لا يجوز للجهالة ومنهم من قال يجوز لان هذه الجهالة يمكن رفعها بالذرع وهذا هو الصحيح (قوله وذكر الخصاف الخ) يرده ان محمدا صورها فى الجامع الصغير بقوله من مائة ذراع من دار ولو تبعه المصنف لكان أولى لوجهين الاول افادة الفساد فيما اذا لم يبين جملتها بالاولى الثانى ليصح قوله لا اسهم اذ الصحة مقيدة بما اذا قال عشرة أسهم من مائة سهم مثلا فان لم يقل فسد البيع أيضا نهر ولهذا استشكل الزيلعى ما استفيد من كلام المصنف من ان بيع عشرة أسهم من دار لا يفسد بانه مجهول لا تعرف نسبته الى جميع الدار بخلاف ما اذا قال عشرة أسهم من مائة سهم قال ولعل الشيخ قصد هذا ولكن اجحافه فى الاختصار ادى اليه وتبعه فى البحر ولم يعرج هو ولا صاحب النهر على ماذكره العينى من الجواب بأن أسهم الدار معلومة فتعلم نسبة العشرة اليه ضرورة ولئن سلمنا فراده عشرة أسهم من مائة سهم ونحوه مثلا فافهم انتهى قال شيخنا وانما كانت أسهم الدار معلومة لانه يراد بها القراريط من الدار هذا مراده بكونها معلومة وقوله ولئن سلمنا أى جهالته بعدم معرفة نسبة العشرة الى جميع الدار انتهى واعلم ان ماسبق عن النهر من قوله ولو تبعه المصنف الخ يقتضى ان المتن الذى شرح عليه خال عن قوله من مائة ذراع (قوله أبو زيد الشروطى) أحمد بن زيد له من الكتب كتاب الوثائق وكتاب الشروط الكبير وكتاب الشروط الصغير وهو بضم الشين والراء وبعدها واو وفى آخرها الطاء المهملة نسبة الى كتب الوثائق والمبايعات طبقات عبد القادر (قوله وان اشترى عدلا) وهو وزان الثلة شيخنا والعدل بكسر العين وبالدال المهملتين المثل واحد جانبى الحمل كالصندوق والغرارة وهو المراد نوح أفندى (قوله فسد البيع) لجهالة الثمن فى النقصان لانه لا ينقسم أجزاؤه على أجزاء المبيع القيمى ولجهالة المبيع فى فصل الزيادة لانه يحتاج الى رد الزائد فيتنازعان فى المردود نهر (قوله واما عند أبى حنيفة فالعقد فاسد) الذى فى الزيلعى وعن أبى حنيفة وتعقبه فى النهر بقوله جعل الشارح الفساد فى النقصان رواية عن أبى حنيفة فيه نظر بل هو لبعض المشايخ وليس بصحيح انتهى ثم القائل بالفساد هنا يقول به أيضا فيما اذا باعه على انه مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بكذا أى بدرهم ونقص والعلة للقول بالفساد وهى انه جمع بين موجود ومعدوم فى صفقة واحدة تسوى بين هذه والسابقة شيخنا (قوله الاصح ان هذا قولهم) يعنى الجواز فى فصل النقصان لانه قصد بيع الموجود فقط الا انه غلط فى العدد شيخنا (قوله ومن اشترى ثوبا) تتفاوت جوانبه حتى لو لم تتفاوت كالكرباس لا تسلم له الزيادة لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره النقصان وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه نهر وتنوير من غير ذكر خلاف لكن حكاه الزيلعى بقيل (قوله فسلم له نصف ذراع مجانا) بلا خيار عنده لانه نفع خالص عن لزوم ضرر زيادة الثمن (قوله وعند محمد يأخذه بعشرة ونصف ان شاء) لانه لما سمى لكل ذراع ثمنا على حدة التحق بالمقدر ومن ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة النصف بالنصف وفى البحر قول محمد أعدل الاقوال ولابى يوسف انه لما أفرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب بيع على انه ذراع بدرهم فاذا نقص لا يسقط شئ من الثمن ثم يخير لانه ازداد الثمن عليه أو انتقص المبيع فلم يتم رضاه ولابى حنيفة ان الذراع فى الاصل وصف وانما يأخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع ولكونه مقابلا بالدرهم فعند عدمهما عاد الحكم الى الاصل وفى الذخيرة قول أبى حنيفة أصح ويثبت له الخيار عند الصاحبين مطلقا فى فصل الزيادة على العشرة والنقصان عنها اما لفوات الوصف المرغوب فيه بالنظر للنقصان أو لعدم تمام رضاه بالنظر لزيادة الثمن فيما اذا زاد على العشرة واما عند الامام ففى فصل الزيادة لا خيار له لانها تمحضت نفعا بلا لزوم ضرر زيادة الثمن واما فى فصل النقصان عن العشرة يتخير لفوات الوصف المرغوب فيه
(فصل) الفصل الحاجز وكان ينبغى ان يوصل بين الآن المصنفين أجروه مجرى الباب فوصلوه

بقى كذا ذكره العلامة اللقانى واعلم ان مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين احداهما ان كل ما هو من متناول اسم المبيع عرفا يدخل فى البيع وان لم يذكر صريحا الثانية ان كل ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار وهو ما وضع لا لان يفصله البشر كان تابعا فى الدخول وما لا فلا كذا فى العناية وما لم يكن من القسمين ان كان من حقوق المبيع ومرافقه يدخل فى البيع بذكرها والا فلا نهر ومرافق المبيع كالدلو والحبل فى بيع البئر والشرب فى بيع الارض شيخنا (قوله يدخل البناء الخ) وكذا السلم المتصل وحجر الرحى الاسفل المبنية فى الدار وكذا الاعلى استحسانا والبئر فى الدار وبكرتها لا الدلو والحبل الا اذا قال بمرافقها وكذا البستان الذى فيها ولو كبيرا ويدخل فى بيع الحمام القدور والقصاع ويدخل ثياب عبد وجارية اى كسوة مثلهما مما يعطيهما هذه أو غيرها لا حليهما الا اذا سلمها أو قبضها وسكت نهر الا اذا كانت ثيابا مرتفعة تلبس للعرض لا تدخل الا بالشرط عينى وفلو الرمكة وجحش الاتان وعجل البقرة والحمل للشاة اذا ذهب به مع الام الى موضع البيع دخل والا فلا وسرج الفرس لا يدخل ويدخل اكاف الحمار ولو غير موكف فى المختار نهر عن الظهيرية وفيه عن الخانية لا يدخل الا بالشرط وهو الظاهر وذكر فى الدرر تفصيلا حيث قال وفى الحمار اكافه ان شراه من المزارعين وأهل القرى لو من الحمريين انتهى وفى لفلو لغتان فتح الفاء وضم اللام وتشديد الواو وكسر الفاء وسكون اللام وتخفيف الواو والاكاف يجمع على أكف يقال اكاف الحمار ووكافه وزنا وقدرا أكفت الحمار وأوكفته أى شددت عليه الاكاف صحاح (قوله أى مفاتيح الاغلاق) المتصلة كضبة وكيلون ولو من فضة در (قوله لا مفاتيح الاقفال) وكذا الاقفال لا تدخل أيضا عينى لعدم اتصالها بالمبيع مطلقا سواء كان الباب مغلقا أم لا شيخنا وسواء كان المبيع حانوتا أو بيتا أو دارا وسواء ذكر المرافق أم لا شيخنا (قوله فى بيع الدار) الظاهر انه أراد بالدار مطلق السكن مجازا من ذكر الخاص وارادة العام فعم المنزل والبيت على قياس ما سبق له فى قوله وان نداليهم جمل ملكوه من انه أراد به الدابة مطلقا كما نبه عليه السيد الحموى هناك واغفله هنا وذلك لان العلة التى لاجلها دخل البناء فى بيع الدار وهو انه من مسمى المبيع تشركه ثم انى رأيت التصريح به فى الشرنبلالية عن التتارخانية قال وانما نصوا على الدار دونهما لان الدار لما كانت اسما للعرصة يتوهم عدم دخول البناء لان البناء وصف ذاتى فيهما اما البيت والمنزل فحقيقتهما لا تكون الا بالبناء الخ (قوله وفى القياس لا تدخل المفاتيح) لانها ليست من مسمى المبيع ولا هى متصلة به وجه الاستحسان كما ذكره الزيلعى ان المفاتيح تبع للاغلاق اذ لا ينتفع بكل واحد منهما بدون الآخر واعلم ان ما يدخل فى البيع على وجه التبعية لم يكن له حصة من الثمن الا بالتسمية شلبى عن المحيط قبيل كتاب الصوم حتى لو استحقت ثياب الامة المبيعة لم يرجع على البائع بشئ وكذا اذا وجد بها عيبا ليس له ان يردها ولو وجد بالجارية عيبا كان له ردها بدون تلك الثياب زيلعى وهو محمول على ما اذا هلكت اما مع قيامها فلا بد من ردها وان كانت تبعا والا لزم حصولها للمشترى من غير مقابل وهو لا يجوز بحر وقول الزيلعى اذا استحقت ثيابها لا يرجع على البائع بشئ يعنى من الثمن واما رجوعه بكسوة مثلها فثابت له كما علم من كلامهم شيخنا وفرع فى النهر على الاصل المذكور أعنى ما دخل تبعا لا يقابله شئ من الثمن ما ذكره فى القنية اشترى دارا فذهب بناؤها لم يسقط شئ من الثمن وان استحق أخذ الدار بالحصة الخ قال شيخنا فيكون الاستحقاق بمنزلة الاتلاف انتهى فافاده ان التبع بالاتلاف يكون له حصة من الثمن حتى لو رد الامة المبيعة بحكم خيار العيب بعد اتلاف ثيابها يسقط عن البائع ما قابل الثياب من الثمن فان قلت أخذه الدار بالحصة فيما اذا استحق البناء يشكل بما سبق عن الزيلعى من عدم رجوع المشترى على البائع بشئ اذا استحقت ثياب الامة قلت المسئلة مختلف فيها فمنهم من فرق بين الاستحقاق والهلاك ومنهم من سوى بينهما كما فى القنية واستظهره فى النهر فكلام الزيلعى يتمشى على القول بالتسوية (تتمة) استفيد من كلامهم انه اذا كان لباب الدار المبيعة كيلون من فضة لا يشترط ان ينقد من الثمن ما يقابله قبل الافتراق لدخوله فى البيع تبعا ولا يشكل بما سيأتى فى الصرف من

(يدخل البناء والمفاتيح) أى مفاتيح الاغلاق لا مفاتيح الاقفال وما كان متصلا بالبناء (فى بيع الدار) وفى القياس لا تدخل المفاتيح

مسئلة الامة مع الطوق والسيف المحلى لان دخول الطوق والحلية فى البيع لم يكن على وجه التبعية اما بالنسبة للطوق فلكونه غير متصل بالامة وكذا الحلية وان اتصلت بالسيف لان السيف اسم للحلية أيضا كما فى الدرمن الصرف فكانت الحلية من مسمى السيف اذا علم هذا ظهر انه فى بيع الشاش ونحوه اذا كان به علم لا يشترط نقد ما قابل العلم من الثمن قبل الافتراق خلافا لمن توهم ذلك من بعض أهل العصر لان العلم لم يكن من مسمى المبيع فكان دخوله فى البيع على وجه التبعية فلا يقابله حصة من الثمن (قوله ويدخل الشجر فى بيع الارض) تبعا مطلقا ولو صغيرا أو غير مثمر خلافا لما قيل من عدم دخول الصغير وغير المثمر نعم يستثنى من هذا الاطلاق اليابس الآن يقال لا حاجة للاستثناء لانها بعد اليبس حطب لا شجر وفى النهر عن الخانية الاشجار الصغار التى تقلع زمن الربيع ان كانت تقلع من أصلها تدخل وان من وجه الارض لا تدخل الا بالشرط كالثمر الذى على رؤسها انتهى والصحيح الدخول مطلقا من غير ذكر سواء كانت تقلع من أصلها أو من وجه الارض حموى عن البرجندى معزيا للخلاصة وشجرة الخلاف والغرب للمشترى عينى فيدخلان فى بيع الارض تبعا والرطبة التى يقال لها سبست كالثمر يعنى لا تدخل الا بالشرط أو بالتسمية أو بما يقوم مقامهما من نحو قوله بكل قليل أو كثير هوله فيها نهر والغرب بالفتح والتحريك ضرب من الشجر يقال له بالفارسية اسفيدار كما فى الصحاح وسبست بضم السين وفتح الموحدة وبكسرها شيخنا عن خط العينى قال ومعناه الشبت انتهى (تتمة) لا يدخل الشرب والطريق فى بيع الارض والدار الا بذكر الحقوق وكذا فى الاقرار والصلح والوصية ويدخلان فى الاجارة والرهن والوقف والقسمة كذا فى الفتح وجعل فى المحيط الصدقة كالوقف ولم أر ما لو أقر بوديعة أرض أو باستعارتها نهر ويمكن الحاق العارية بالاجارة فى ادخال الشرب والطريق والجامع بينهما ملك المنفعة والحاق الوديعة بالبيع شيخ شاهين وفيه تأمل بالنسبة لالحاق الوديعة بالبيع لعدم الجامع بينهما (قوله ولا يدخل الزرع) لانه متصل بها للفصل من الآدمى فلا يرد حمل الجارية لان ذلك بفضل الله نهر ولو كان مغيبا فى الارض من الكراث يدخل فى البيع المطلق على الصحيح لانه يبقى سنين بمنزلة الشجر لا ما كان ظاهرا شرنبلالية عن قاضيخان وفيها عن شرح المجمع والورد وورق التوت والآس ونحوها كالثمار انتهى وظاهره ان المراد بالورد والآس ما يعم الشجر والورق وليس كذلك بدليل قول الزيلعى وشجرها بمنزلة النخل (قوله مطلقا) هو فى مقابلة التفصيل الآتى عن القدورى والاسبيجابى (قوله وذكر القدورى والاسبيجابى الخ) محصله ان البيع لا يخلو اما ان يكون بعد ما نبت الزرع أو قبله وعلى كل لا يخلو اما ان يكون له قيمة بعد النبات أو لا فهى رباعية (قوله اذا لم ينبت) لانه حينئذ يمكن أخذه بالغربال ولو عفن البذر فى الارض اختار الفضلى انه للمشترى وبالاطلاق أخذ أبو الليث (قوله اما اذا نبت ولم يصر له قيمة بعد يدخل) فى قول الاسكاف وهو الصواب وفى قول الصفار لا فتح وفى البحر واختلف الترجيح فيما لا قيمة له وعلى هذا الثمر الذى لا قيمة له وتحصل من هذا ان الاسكاف يقول بقول القدورى والاسبيجابى والصفار يقولان بما يظهر من اطلاق المتن (قوله الا بالشرط) عبر هنا بالشرط وثمة بالتسمية ليفيد عدم الفرق وان هذا الشرط غير مفسد وخصه بالثمر اتباعا لقوله عليه الصلاة والسلام من اشترى أرضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع من غير فصل بين المؤبر وغيره ويقوم مقام التسمية والشرط ما لو قال بكل قليل وكثير هو فيها الا ان يبينه بقوله من حقوقها أو من مرافقها الا ان الحق يذكر لما هو تبع لا بد للمبيع منه كالطريق والشرب والمرافق ما يرتفق به كمسيل الماء نهر عن العناية (تتمة) التأبير ان يشق وعاء نخل انثى فيجعل فيه شئ من طلع نخل ذكر فاذا فعل ذلك بالنخل صار اصلاحا للثمر باذن الله تعالى ابن فرشته على المشارق (تكميل) شرى نخلة ولم يبين انه اشتراها للقطع أو للقرار ففى البحر عن شرح المجمع لا يملك أرضها فى قول أبى يوسف وأدخل محمد ما تحتها وهو المختار فقيل بقدر غلظ ساقها أو بقدر عروقها المنتشرة فى الارض وقيل بقدر ظلها وقت الزوال وقيل بقدر عروقها العظام وهو رواية عن الامام واختاره

في الصغرى

(و) يدخل (الشجر فى بيع الارض بلا ذكر) متعلق بالمسئلتين (ولا يدخل الزرع فى بيع الارض بلا تسمية) مطلقا وذكر القدورى والاسبيجابى ان الزرع انما لا يدخل فى بيع الارض بلا ذكر اذا لم ينبت أو نبت وصار له قيمة اما اذا نبت بعد ولم يصر له قيمة بعد يدخل (ولا) يدخل (الثمر فى بيع الشجر الا بالشرط) أى ان شرط دخوله فى البيع مطلقا

فى الصغرى نهر ومحل الخلاف بين الصاحبين فيما اذا لم يبين فان بين ان الشراء للقرار دخل ما تحتها اتفاقا وان بين انه للقطع لم يدخل باتفاق (قوله سواء كان له قيمة أو لا) فى الصحيح نهر (قوله وفى القياس يدخل الزرع والثمر) كان وجه القياس بالنظر لمطلق الاتصال بالمبيع وان لم يكن على وجه القرار وبالقياس قالت الائمة الثلاثة اذا كانت الثمرة مؤبرة عينى (قوله ويقال الخ) أى بعد نقد المشترى الثمن نهر (قوله فى الصورتين) أشار به الى ان الحكم فى الزرع كالحكم فى الثمر اذ لا فرق بينهما وان كان افراد المصنف الضمير فى قوله أقطعها يوهم قصر الحكم المذكور على الثمرة فلو أتى المصنف بضمير التثنية مكان المفرد لكان أولى ومن هنا قال العلامة الحموى قوله فى الصورتين لا يلائم قول المصنف بعد اقطعها وان لا ئمه التعبير بالمبيع (قوله اقطعها وسلم المبيع) لان ملك المشترى مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه نهر (قوله وهو الشجر والارض) كذا فى البحر ونصه أراد بالمبيع الارض والشجر وتعقبه فى النهر بأنه لا يلائمه قوله اقطعها وذكر انه اكتفى بذكر القطع فى الثمر لان الحكم اذا علم فيه علم فى الزرع أيضا اذ لا فرق بينهما وأقول ما ادعاه من عدم الملاءمة ممنوع اذ الضمير فى اقطعها يعود على العين المتصلة بالمبيع ولا شك فى شمولها للزرع والثمر (قوله وعند الشافعى الخ) لان الواجب هو التسليم المعتاد وفى العادة ان لا يقطع حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد كما اذا انقضت مدة الاجارة وفى الارض زرع وبه قال مالك ولنا ان التسليم واجب بحكم العقد بخلاف الاجارة لانها للانتفاع فيترك بالاجر الا انه لو اشترى أرضا لا يكون له الطريق الا بالشرط وفى الاجارة يدخل من غير شرط عينى والمراد الطريق فى ملك انسان قال فى البحر وفى الطريق الاعظم أو سكة غير نافذة يدخل فى البيع بلا تنصيص ولا قرينة وانما الكلام فى الطريق الخاص فى ملك انسان فان كان يلى الطريق الاعظم فتح له بابا اليه والا استأجر الطريق أو استعاره (قوله بدا صلاحها أو لا) يعنى بعد ظهور الكل فلو ظهر البعض فقط فظاهر المذهب وهو الاصح انه لا يجوز نهر وعينى عن شمس الائمة السرخسى لانتفاء الضرورة بامكان بيع الاصول أو يشترى الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد فى الباقى الى وجوده أو يشترى الموجود بجميع الثمن ويبيح البائع له الانتفاع بما يحدث فان خاف ان يرجع يقول على انه متى رجع يكون مأذونا فى الترك فلا ضرورة الى تجويز العقد فى المعدوم مصادما للنص وهو ما روى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم وعلى القول بالجواز وبه أفتى ابن الفضل والحلوانى بجعل المعدوم تبعا والخارج أكثر فلو اشتراها مطلقا فأثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ولو بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط زيلعى وقول العينى للاختلاط سبق قلم والقول للمشترى فى مقداره لانه فى يده وكذا فى الباذنجان والبطيخ فان قلت قول الزيلعى يشتركان يشكل بما قدمه من انه اذا اشتراها وتركها باذن البائع طاب الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد فى ذاته لحصوله بجهة محظورة فتى يشتركان قلت قال فى النهر ان الزيادة فيما سبق حصلت فى ذات المبيع بخلاف ما هنا فان الزيادة لم يقع عليها بيع وانما حدثت بعده (قوله فالصحيح انه يصح) لانه مال متقوم منتفع به فى الحال أو فى المآل وعلى هذا الخلاف بيع الزرع قبل ان تناله المشافر والمناجل والاصح الجواز لانه منتفع به فى المآل كالطفل والجحش عينى والمشافر جمع مشفر ومشفر البعير شفته والمنجل ما يحصد به الزرع والجمع مناجل عناية (قوله ويقطعها المشترى فى الحال) جبرا تفريغا لملك البائع ولو شرط القطع على المشترى فسد نهر لان تسليمها بالتخلية فكان المشترى بها قابضا فكان شرطه القطع على البائع شرطا لا يقتضيه العقد قال فى البحر وقدمنا ان أجرة القطع على المشترى وان تسليم الثمرة بالتخلية قال شيخنا وهو مستفاد من كلام المصنف (قوله وان باع وشرط تركها على النخيل فسد) لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو هو صفقة فى صفقة لان اشتراط الترك ان كان بأجر كان بيعا فى اجارة وان لم يكن بأجر كان بيعا فى اعارة وكذا الزرع بشرط الترك لما قلنا قيد بشرط الترك لانه لو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له

سواء كان له قيمة أولا وقيل من اشترى شجرا وعليه ثمر لا قيمة له فهو للمشترى وفى القياس يدخل الزرع والثمر (ويقال للبائع) فى الصورتين (اقطعها وسلم المبيع) وهو الشجر والارض مطلقا سواء كان الزرع والثمر بحال لها قيمة أولا وعند الشافعى ان كانا بحال لهما قيمة يؤمر بالقطع والا لا (ومن باع ثمرة بدا) أى ظهر (صلاحها أو لا صح) البيع اعلم ان بيع الثمر قبل الظهور لا يصح اتفاقا وان باعها بعد ان تصير منتفعا بها يصح خلافا للشافعى وان باعها قبل ان تصير منتفعا بها بأن لم تصلح لتناول بنى آدم وعلف الدواب فالصحيح انه يصح وقيل لا يصح (ويقطعها المشترى فى الحال) هذا اذا باع مطلقا أو بشرط القطع (وان باع و) اشترط تركها على النخيل فسد البيع وهذا اذا لم يتناه عظمها فان تناهى عظمها فباعها بشرط الترك لم يصح أيضا قياسا عندهما

الفضـل و بغيراذنه لا يطيب و يتصدق بمـازاد في ذاته وان تركها بعدماتنـاهى عظمها لم يتصدق بشئ لان هذا تغيرحال لا تحقق زيادة وان اشتراها مطلقا ثم استأجر النخيـل الى وقت الادراك طاب له الفضل والاجارة باطلة لانها اضيفت الى غيرمحل الاجارة فان محلها المنفعة دون العين والباطل معدوم باصله فلا يصلح متضمنا فبقى تضمن الاذن مقصودا بخلاف مالواشترى الزرع واستأجرالارض الى ان يدرك وتركه حيث يجب أجرالمثل ولا يطيب له الفضـل لان اجارة الارض متعارفة لـكنها فسدت لجهالة المدة والفاسد موجود بأصله معدوم بوصفه فأمكن جعله متضمنا للاذن وفساد المتضمن يقتضى فسادمافى الضمن فيفسد الاذن و يتمكن الخبث شيخنا عن الشمنى قال و به يتضح كلام الزيلعى (قوله وصح استحسانا عند محمد) وجهه كمافى النهرانهم تعارفوا ذلك فيمـا اذا تنـاهى عظمها فكان شرطا يقتضيه العقـد وجعل فى الاسرار الفتوى على قوله وفى التحفة الصحيح قولهما وفى البحرعن الظهيرية اشترى رطبة أوقثاء أوشيئا ينمو ساعة فساعة لا يجوز كبيع الطرفاء وبيع قوائم الخلاف يجوز وان كان ينمولان نماءها من الاعلى بخلاف الرطاب الا الكراث للتعامل فيه وفيمـا لا تعامل فيه لا يجوز انتهى ورأيت بخط شيخنا مانصه اشترى شيئا ينموساعة فساعة لا يجوز الا ان يشتريه بأصله ليكون الحادث على ملكه و يؤخذ منه عدم جواز بيع قصب السكروهى حادثة الفتوى وفى فتاوى قارى الهداية يصح وله الخيارانتهى (قوله وفى رواية الحسن والطحاوى لا يصح الخ) لان الباقى بعدالاستثناء مجهول قلنا هذه الجهالة لا تفضى الى المنازعة اذ المبيع معلوم بالاشارة وجهالة قدره لا تمنع الجواز قال فى الفتح وعدم الجواز اقيس بمذهب الامام فى مسئلة بيع صبرة كل قفيز بدرهم فانه أفسد البيع لجهالة قدرالمبيع وقت العقد وهو لازم فى استثناء ارطال معلومة ممـا على الاشجار وأجاب فى النهر بأنه يمكن ان يكون المانع من الجواز فى مسئلة الصبرة جهالة الثمن لا جهالة قدرالمبيع والثمن فيمانحن فيه معلوم اه قيد باستثناء ارطال معلومة منها لانه المختلف فيه واما اذا استثنى نخلا معينا فانه يجوز بالاتفاق كما يعلم من كلامهم شيخنا (تتمـة) ماجاز ايراد العقد عليه بانفراده صح استثناؤه منه الا الوصية بالخدمة يصح افرادها دون استثنائها تنوير وشرحه عن الاشباه (قوله كبيع بر فى سنبله) بخلاف بيع مافى هـذا القطن من الحب ومافى هذا التمرمن النوى لان كلا منهما معدوم عرفا اذلا يقال هذا نوى فى تمره ولا حب فى قطنه و يقال هذه حنطة فى سنبلها وبه عرف امتناع بيع اللبن فى الضرع واللحم فى الشاة والزيت فى الزيتون والعصيرفى العنب ونحوذلك نهر قيد ببيع الحنطة لان بيع تبن الحنطة فى سنبلها دون الحنطة لا ينعقد لانه لا يصير تبنا الا بالعلاج وهو الدق فلم يكن تبنا قبله فكان بيـع المعدوم بحر (قوله وباقلاء فى قشره) وهى بالمد والتخفيف وبالقصر والتشديد وهو الحب المعروف والنسبة على الاول باقلانى وعلى الثـانى باقلى حموى عن المفتاح معزيا للمغرب وقيل الباقلاء هو الفول (قوله وكذا الارز) والوجـه يقتضى ثبوت الخيار للمشترى بعدالاستخراج لانه لم يره بخلاف بيع جذع من سقف فان البائع اذانزعـه وسلمه يجبرالمشترى على أخذه وانما امتنع بيعه بمثله فى سنبله لاحتمال الربا كبيع تراب الصاغة بجنسه ولا يصرف الى خـلاف الجنس تحريا الى الجواز كبيع درهم ودينارين بدينار ودرهمين لان التراب ليس بمـال متقوم فهوليس بمقصود انمـا المقصود مافيه من الذهب والفضة بحر (قوله وقال الشافعى لا يصح) قياسا على عدم جواز بيع السمن فى اللبن والشيرج فى السمسم والزيت فى الزيتون واللـبن فى الضرع بجامع ان المبيـع معدوم ولنـا انه موجود غايته انه مستور فلهـذا خيرناه بعدالاستخراج بخلاف المقيس عليه فانه لا وجود له أصلا فافترقا فان قلت روى انه عليـه الصلاة والسلام نهى عن بيـع النخل حتى يزهو وعن بيـع السنبل حتى يبيض و يأمن العـاهة قلت المراد به السلم يعنى لا يجوز الاسلام حتى يوجد بين النـاس بدليل قوله عليه السلام اذامنع الله الثمرة فبم تستحل مال أخيك فيكون حجة لنـا فى اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد الى حين المحل ولوأجرى على اطلاقه يكون حجة لنـا أيضـا لاقتضائه جواز البيـع بعدما يبيض مطلقا من غيرقيد بالعزل

ولو

وصح استحسانا عند محمد (ولو استثنى) البائع (منها) أى من الثمرة المبيعة (ارطالا معلومة صح) فى ظاهر الرواية وهو قول مالك وفى رواية الحسن والطحاوى لا يصح استثناء ارطال معلومة (كبيع بر) أى كما يصح بيع بر بخلاف جنسه (فى سنبله وباقلاء فى قشره) وكذا الارز والسمسم وقال الشافعى لا يصح بيع الباقلاء الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق

ولو كان كما قال لقال حتى يغرك عينى والزهو البر الملون يقال اذا ظهرت الحمرة والصفرة فى النخل ظهر فيه الزهو وأهل الحجاز يقولون الزهو بالضم وقد زهـا النخل زهوا وأزهى أيضـا لغة حكاها أبوزيد ولم يعرفها الاصمعى شيخنا عن الصحاح (قوله فى قشره الاول) تقييده بالقشر الاول لانه الذى فيه خلاف الشافعى حتى لو بيـع فى قشره الثانى يجوز بالاتفاق عزمى زاده (قوله على البائع) لان التسليم عليه وهذا من تمامه ولواشترى حنطة فى سنبلهـا فعلى البـائع تخليصها بالدوس والتذرية ودفعها الى المشترى هو المختار والتبن للبائع ولواشترى ثيابا فى جراب ففتح الجراب عـلى البـائع واخراج الثياب على المشترى الا اذا كان العرف بخلافه كما لواشترى ماء فى قربة فان صبه يكون على البائع ولواشترى وقر حطب فى المصر فالحمل عـلى البائع واخراج الطعام من السفينة وكذا قطع العنب المشترى جزافا وكل شئ باعه جزافا كالثوم والبصـل والجزر اذا خلى بينها وبين المشترى وكذا قطع الثمر على المشـترى نهر وقوله على المشترى خبر عن قوله واخراج الطعام من السفينة وماعطف عليـه وماسبق من قوله واخراج الثياب على المشترى قال السيد الحموى الاخراج من تمـام التسليم فينبغى ان يكون عـلى البـائع (قوله واجرة نقد الثمن الخ) هـذا اذا كان قبـل القبض وهو الصحيح أما اذا كان بعده فعلى البائع لانه اذا قبضه دخـل فى ضمانه فاذا ادعى انه خـلاف حقه فالنا قد انمـا يميز ملكه ليستوفى بذلك حقاله فالاجرة عليـه حموى عن الجوهرة (قوله على المشترى) لان الوزن من تمـام التسليم وتسليم الثمن عـلى المشترى فكذا مايكون من تمـامه زيلعى (قوله أما النقد ففيه روايتان) مقتضاه ان اختلاف الروايتين خاص باجرة النقد فقط أما اجرة الوزن فعلى المشترى رواية واحدة والى هذا يشير كلام الزيلعى أيضا وهذا يقتضى ان أجرة النقد غير اجرة الوزن والعرف الآن بخلافه (قوله فى رواية يكون على البائع) لان النقد يكون بعد التسليم ليعرف المعيب من غيره فكان هو المحتاج اليه وهذه رواية ابن رستم زيلعى (قوله وفى رواية يكون على المشترى) وهو الصحيح وظاهر الرواية بحر عن الخلاصة والخانية قال وبه كان يفتى الصدر الشهيد الا اذا قبض البـائع الثمن ثم جاء يرده بعيب الزيافة فانه على البائع وروى عن محمـد ان أجرة النقد عـلى رب الدين بعدالقبض وقبله على المدين زيلعى (فرع) ظهر بعدنقد الصراف ان الدراهم زيوف ردالاجرة وان وجد البعض فبقدره نهر عن البزازية وأما الدلال فان باع العين بنفسه باذن ربها فاجرته عـلى البـائع وان سعى بينهما وباع المالك بنفسه يعتبر العرف در (قوله بثمن حال) ليس فيه خيار للمشترى نهر (قوله سلمه أولا) ليتعين حق البائع فى الثمن لان المشترى تعين حقه فى المبيع بمجرد العقد لدخوله فى ملكه به وان كان تقرر الضمان عليه يتوقف على القبض حتى لو هلك قبله انفسخ البيع أما البائع فانمـا يتعين حقه فى الثمن بعد قبضه لان الاثمـان لا تتعين حتى لواشترى شيئا بهذا الدينار كان له ان يعطيه دينارا آخر فلهذا يؤمر المشترى بتسليم الثمن أولا اذا كان المبيع حاضرا وان كان غائبا فللمشترى ان يمتنع من تسليم الثمن حتى يحضر البائع المبيع على مثال الراهن مع المرتهن زيلعى فلونقد بعض الثمن وأراد ان يأخذ بعض المبيع ليس له ذلك صرح به المصنف فى باب مايجوز ارتهانه حيث قال ولورهن عبدين بألف لا يأخذ أحدهما بقضاء حصته كالمبيع انتهى فلواشتراه بشرط ان يدفع المبيع أولا فسد البيع لانه لا يقتضيه العقد وقولنا فلواشتراه بشرط ان يدفع المبيع أولا أحسن من قوله فى النهر فلو باعه الخ لاقتضائه ان البائع هو الذى اشترط دفع المبيع أولا ولا يخفى ما فيه ثم رأيت بخط الشيخ شاهين عن الكاكى انه ذكر فى البيع الفاسد مانصه ولواشترى شيئا على ان يدفعه البائع قبل دفع الثمن أوعلى شرط ان يدفع الثمن فى بلد آخر يفسد البيع انتهى فهذا يشهد لماذكرنا (تتمـة) قبض المبيع بغيراذن البائع قبل نقد الثمن كان له استرداده حتى يعطيه الثمن ولو تصرف المشترى فيه تصرفا لا يحتمل الفسخ كالاعتاق والتدبير فانه لا يسترد شيخ شاهين عن المحيط ولو وطئها المشترى فحبلت أو ولدت لا يتمكن البائع من الحبس وان لم تلد ولم تحبل فله الحبس بحر (فرع) اشترى مايتسارع اليه الفساد ولم يقبضه ولم ينقد الثمن حتى غاب كان

فى قشره الاول وله فى بيع السنبلة قولان (واجرة الكيل) والوزان والذراع والعداد اذا باع بشرط الكيل والوزن والذرع والعد (على البائع و) اجرة (نقد الثمن) أى تمييز الجيد عن غيره (و) اجرة (وزنه على المشترى) اما النقد ففيه روايتان عن محمد فى رواية يكون على البائع وفى رواية يكون على المشترى (ومن باع سلعة بثمن) حال (سلمه) أى المشترى الثمن (أولا) فان سلمه قبل البائع سلم المبيع وقال الشافعى (والا) أى وان لم يبع متقايضان معا ولكن باع سلعة بسلعة أو ثمنا بثمن قيل لهما

للبائع بيعه من غيره ويحل للمشتري الثاني وان كان يعلم بالحال لان المشتري الاول رضي بهذا الفسخ دلالة شيخ شاهين أيضا عن كمال الدين قال وكثيرا ما يقع هذا في الاسواق وانظر حكم ما اذا غاب بعد نقد الثمن او قبل نقده وكان المبيع مما لا يتسارع اليه الفساد وهل خوف ان تستغرق النفقة قيمته بان كان المبيع حيوانا ينزل منزلة خوف تسارع الفساد اليه (قوله سلما معا) لاستوائهما في التعيين ان كان بيع سلعة بسلعة أو عدمه ان كان بيع ثمن بثمن زيلعي ثم التسليم يكون بالتخلية على وجه يتمكن من القبض بلا مانع ولا حائل وشرط في الاجناس شرطا ثالثا ان يقول خليت بينك وبين المبيع فلو لم يقله أو كان بعيدا لم يصر قابضا در (تتمة) اشترى شيئا وقبضه ومات مفلسا قبل نقد ثمنه فالبائع اسوة الغرماء ولا يكون أحق به خلافا للشافعي ولو مات قبل قبضه فالبائع أحق به اتفاقا در فلو دبره المشتري المفلس أو اعتقه قبل قبضه جاز ولا سعاية على الغلام الا عند الثاني بحر

(باب خيار الشرط)

(قوله وهو ما فيه خيار الخ) ظاهره ان غير اللازم ينحصر فيما ذكره وليس كذلك اذ الخيارات بلغت سبعة عشر الثلاثة المبوب لها وخيار تعيين وغبن ونقد وكمية واستحقاق وتقرير فعلي وكشف حال وخيانة في مرابحة وتولية وفوات وصف مرغوب فيه وتفريق صفقة بهلاك بعض مبيع واجازة عقد فضولي وظهور المبيع مستأجرا أو مرهونا أشباه قال ويفسخ باقالة وتحالف فبلغت تسعة عشر سيد درو كلها يباشرها العاقد الا التحالف وكلها تحتاج الى الفسخ من العاقد فلا تنفسخ بنفسها الا التحالف فلا يكتفي فيه بفسخ العاقد بل لا بد من فسخ القاضي كذا قيل وأقول هذا لا يرد على الشارح لان كلامه بالنظر للخيارات المبوب لها ولا شك انها ثلاثة (قوله على البواقي) عبر بصيغة الجمع لما ان الباقي بعد خيار الشرط اكثر من ثلاثة وقد ذكر منها في هذا الباب ثلاثة خيار النقد وخيار التعيين وخيار فوات الوصف المرغوب فيه ومنه يعلم سقوط قول العلامة الحموي أي جنس البواقي اذ الباقي اثنان لا ثلاثة كذا قيل وأقول هذا لا يرد على السيد الحموي لان الكلام في خصوص ما بوب له المصنف من الخيارات ولا شك ان الباقي منها بعد خيار الشرط اثنان فاستقام قوله أي جنس البواقي (قوله صح) أي خيار الشرط وبه أفصح صدر الشريعة لكن الاولى صح شرط الخيار كما في الاصلاح لان الموصوف بالصحة انما هو الشرط لا نفس الخيار بحر وأقول الاولى ان يجعل الضمير راجعا الى الخيار باعتبار كونه موصوفا بالمشروطية قبل الاضافة فان اضافة خيار الى الشرط من اضافة الموصوف الى الصفة ولا ينافيه قولهم انه من اضافة الحكم الى سببه والاصل باب الخيار المشروط على ان يكون المصدر بمعنى اسم المفعول يدل لك على ذلك ان الموصوف بالصحة ليس الخيار فقط كما يوهمه كلام صدر الشريعة ولا الشرط فقط كما يوهمه كلام صاحب الاصلاح حموي ثم اعلم ان خيار الشرط يجري في غير البيع وقد نظم في النهر ما يصح فيه خيار الشرط وما لا يصح فقال

يأتي خيار الشرط في الاجارة * والبيع والابراء والكفالة
والرهن والعتق وترك الشفعة * والصلح والخلع مع الحوالة
والوقف والقسمة والاقالة * لا الصرف والاقرار والوكالة
ولا النكاح والطلاق والسلم * نذر وأيمان وهذا يختتم

وكذا يصح في الكتابة بحر عن جامع الفصولين قال وينبغي صحته في المزارعة والمعاملة لانهما اجارة وانما لا يصح في النكاح والطلاق واليمين والنذر والوكالة والاقرار لانه انما يدخل في لازم يحتمل الفسخ قال في النهر فلهذا لا يصح في الوصية يعني لانها غير لازمة اذ له ان يرجع عنها ولم يبين في النهر وجه عدم جوازه في الصرف والسلم لظهوره لانه ينافي ما هو شرط فيهما قبل الافتراق وهو قبض كل من بدلي الصرف

(سلما معا) *(باب خيار الشرط)* البيع نوعان لازم وغير لازم وهو ما فيه خيار شرط أو رؤية أو عيب واضافة الخيار اليه اضافة الحكم الى سببه كصلاة الظهر وقدم خيار الشرط على البواقي لكونه أعم وجودا وأخر شرع للعاقدين ولاحدهما ولغيرهما باذنهما (صح

ورأس مال السلم لان اشتراط القبض فيهما قبل الافتراق فرع ثبوت الملك فيهما وشرط الخيار ينافيه فلهذا لم يجر فيهما مع أنهما من اللازم المحتمل للفسخ وقوله والكفالة سواء كانت بالنفس او بالمال وسواء كان الخيار للكفيل او للمكفول له وقوله وترك الشفعة أي تسليم الشفعة بعد طلب المواثبة وقوله وفي الابراء بان قال أبرأتك على اني بالخيار فلا يبرأ كما لو ابرأه هازلا وقوله وفي الوقف أي على قول أبي يوسف كذا قيده في النهر وغيره للاحتراز عن محمد لانه يشترط عنده ان لا يذكر فيه خيار شرط معلوما كان أو مجهولا واختاره هلال وقال أبو يوسف ان كان الوقت معلوما جاز الوقف والشرط نص على ذلك في النهر صدر كتاب الوقف فسقط ما قيل وفي ذكر الوقف نظر اذ شرط صحته ان لا يكون فيه خيار شرط ولا فرق بين ان يكون في كل المبيع او بعضه حتى لو اشترى شيئا وشرط الخيار في نصفه او ربعه جاز وكذا لا فرق بين الصحيح والفاسد ففي الخلاصة الخيار يثبت في البيع الفاسد كما يثبت في البيع الجائز ولو اختلفا في اشتراطه فالقول لنافيه في ظاهر الرواية وقال محمد القول لمدعيه والبينة للآخر نهر عن الخانية (قوله للمتبائعين) أي البائع والمشتري ففي الكلام تغليب وقد يقال لا تغليب فان البيع كما يستعمل في بذل السلعة يستعمل في أخذها وكذا الشراء الا انه يلزم عليه تثنية المشترك وفيه كلام حموي (قوله أو لاحدهما) ولو وصيا نهر (قوله ثلاثة أيام) لقوله عليه الصلاة والسلام لحبان بن منقذ الانصاري وكان يغبن في البياعات اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام وكون المخاطب حبان هو الذي رجحه النووي وقيل هو منقذ أبو حبان عيني على الهداية وحبان بفتح الحاء المهملة والباء الموحدة والخلابة الخداع قال في القاموس خلبه كنصره خلبا وخلابا وخلابة خدعه كاختلبه انتهى فلو شرطها الثلاثة وكان المبيع مما يتسارع اليه الفساد ففي القياس لا يجبر المشتري على شئ وفي الاستحسان يقال له اما ان تفسخ البيع او تأخذ المبيع دفعا للضرر من الجانبين نهر عن الخانية (قوله بالنصب) على انه ظرف ويجوز رفعه على انه خبر مبتدا محذوف أي مدته ثلاثة أيام شلبي على الزيلعي (قوله اما ان يكون مطلقا) أي عن ذكر الوقت والتأبيد كقوله أنت بالخيار (قوله وأما الموقت فيجوز) فيه انه يشترط لصحة الموقت ان يكون الوقت معلوما فلو كان مجهولا كقوله أنت بالخيار أياما لم يصح اتفاقا وكذا يشترط ان لا يزيد الوقت على الثلاثة عند الامام خلافا لهما قال في الشرنبلالية مقتضى قولهم لو حلف لا يكلمه أياما يكون على ثلاثة ان يصح و يصرف اليها تصحيحا لكلام العاقل وصونا عن الغائه والا فلا فرق بينهما انتهى وأقول الفرق هو حرمة هجر المسلم زيادة على ثلاثة بخلافه هنا الا انه يعكر عليه ما لو حلف لا يكلم ذميا أياما فانه يقتضي عدم الحمل على الثلاث حموي (قوله وهذا الخيار كما جاز عند البيع يجوز بعده) مقتضاه انه لو كان قبله بان قال له جعلتك بالخيار في البيع الذي نعقده ثم عقد بعده لم يكن له خيار نهر عن التتارخانية (قوله فله الخيار ما دام في المجلس) ولا ينافيه ما سبق من انه اذا أطلق يفسد لانه في المطلق وقت العقد وما هنا في المطلق بعده بحر عن البزازية (تتمة) ذكر الخيار مطلقا عن المدة اعتمادا على ما هو العرف بينهم من ان المراد من قوله أنت بالخيار أي ثلاثة أيام فهل يكون من قبيل قولهم المعروف كالمشروط فلا يقتصر على المجلس حيث كان بعد العقد ولا يفسد اذا كان مقارنا له بحر حموي (قوله وقالا يجوز) لان ابن عمر أجازه الى شهرين ولان الحاجة قد تمس الى الاكثر فصار كالتأجيل فثبوت الدعوى بمجموع الدليلين وله ان جوازه على خلاف القياس لما روينا فيقتصر على المدة المذكورة واشتراط الاجل للقدرة على التحصيل وذلك بتطاول المدة على انه ورد من رواية عبد الرزاق عن أنس ان رجلا اشترى بعيرا وشرط الخيار أربعة ايام فأبطل عليه السلام البيع وقال الخيار ثلاثة أيام نهر وما روي عن ابن عمر قال الزيلعي ليس بنص فيه فيحتمل ان يكون خيار الرؤية أو العيب وقوله في النهر ثبوت الدعوى بمجموع الدليلين جواب سؤال مقدر تقديره ما ورد عن ابن عمر انه أجازه الى شهرين لا يقتضي الجواز فيما زاد على شهرين فيكون الدليل أخص من المدعى فالدليل الثاني هو قوله ولان الحاجة قد تمس الخ (قوله فان أجاز في الثلاث صح) يحتمل ان يراد

للمتبائعين أو لاحدهما) أو لغيرهما (ثلاثة أيام) بالنصب (أو أقل) فالبيع بخيار الشرط أربعة أوجه خيار البائع منفردا وخيار المشتري منفردا وخيارهما مجتمعا وخيار غيرهما ثم الخيار اما ان يكون مطلقا أو مؤبدا أو موقتا والاولان لا يجوزان بالاتفاق واما الموقت فيجوز وهذا الخيار كما جاز عند البيع يجوز بعده أيضا حتى لو باع ومضى عليه ثلاثة أيام مثلا بعد قبض المبيع فقال له البائع أنت بالخيار ثلاثة أيام فله الخيار ثلاثة أيام ولو قال له أنت بالخيار فله الخيار ما دام في المجلس كذا في النوازل (ولو أكثر) من ثلاثة أيام (لا) يصح وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة طالت أو قصرت (فان أجاز في الثلاث صح) العقد عندنا

بالصحة عودا لعقد الى الجواز بعد ان كان فاسدا لان المفسد قد ارتفع قبل تقرره وهذا قول العراقيين من اصحابنا ويحتمل ان تكون الصحة بمعنى النفاذ فيراد بها ما يقابل الموقوف بناء على ما ذهب اليه أهل خراسان من ان العقد مع شرط الخيار اكثر من ثلاث موقوف ان أجيز العقد فى الثلاث ظهر ان لا فساد فى العقد لعدم وجود المفسد والا بان مضى جزء من اليوم الرابع قبل الاجازة فهو فاسد قال الزيلعى وهذا الوجه اوجه وفى النهر واختاره السرخسى وغيره وفائدة الخلاف تظهر فى حرمة المباشرة وعدمها فتحرم على الاول لا على الثانى والكل منهما فسخه ولو باعه الى الحصاد أو الدياس ثم أبطل صاحب الاجل الاجل أو نقد الثمن انقلب الى الجواز انتهى وهذا يتعين حمله على ما اذا أبطل الاجل او نقد الثمن فى المجلس لزوال المفسد قبل تقرره واعلم ان المراد من حرمة المباشرة وعدمها مباشرة العقد مع شرط الخيار اكثر من ثلاث فعلى القول بانه موقوف لا تحرم مباشرته (قوله خلافا لزفر والشافعى) لانه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا (قوله فيما اذا كان الخيار اكثر) متعلق بقول المصنف صح حموى (قوله فلا بيع) ظاهره يفيد انه لو لم ينقد فى الثلاث ينفسخ والصحيح انه يفسد ولا ينفسخ حتى لو أعتقه بعد الثلاث نفذ عتقه ان كان فى يده نهر عن الخانية (قوله صح البيع) لانه فى معنى خيار الشرط وكذا لو نقد المشترى الثمن على ان البائع ان رد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما صح أيضا والخيار فى الاول للمشترى لانه المتمكن من امضاء البيع وعدمه وفى الثانى للبائع حتى لو أعتقه صح عتقه ولو أعتقه المشترى لا يصح وفى المسئلة الاولى اذا باعه المشترى ولم ينقد الثمن حتى مضت الايام الثلاثة جاز البيع وكان عليه الثمن نهر (قوله خلافا لزفر) لانه بيع شرطت فيه الاقالة الفاسدة فالصحيحة مما تفسده والفاسدة أولى ووجه فساد الاقالة تعليقها بشرط عدم النقد فالاقالة الصحيحة هى التى لم تعلق بشرط (قوله وهو القياس) وجه الاستحسان ما روى ان ابن عمر باع ناقة بهذا الشرط ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ولانه فى معنى خيار الشرط اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة فالحق به (قوله لا يصح البيع عندهما) وعند محمد جائز كل من الامام ومحمد مر على أصله وأما ابو يوسف فأخذ فى الاصل بالاثر الذى قدمناه يعنى عن ابن عمر وفى الملحق به بالقياس نهر وغيره وفى قوله وفى الملحق به بالقياس نظر اذ لو أخذ فيه بالقياس لم يقل بجواز خيار النقد اصلا كما هو قول زفر فالظاهر ان يقال وفى الملحق به اقتصر على الثلاث لانها مورد النص على ما روى عن ابن عمر انه باع ناقة بهذا الشرط أى شرط انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما كما سبق بقى ان ما سبق من ان البيع فاسد او موقوف فيما اذا باع بشرط الخيار اكثر من ثلاث ثابت هنا أيضا فيما اذا باع بشرط انه ان لم ينقد الثمن الى أربعة أيام فلا بيع بينهما نهر (قوله خلافا لزفر) فدعوى الزيلعى الاجماع على الصحة فيما اذا نقد فى الثلاث بعد ما باعه على انه ان لم ينقد الثمن الى اربعة أيام فلا بيع غير صحيحة عينى قال لان زفر يقول انعقد فاسدا فلا ينقلب صحيحا ويمكن الجواب بانه أراد اجماع الامام مع الصاحبين (قوله فيما اذا شرط اكثر من الثلاث) متعلق بصح لا بصلة الخلاف كما هو ظاهر لان زفر لا يقول بجواز البيع مع هذا الشرط وان لم يزد على ثلاثة أيام كما سبق معللا بانه بيع شرط فيه اقالة فاسدة (قوله يمنع خروج المبيع من ملكه) لان تمام البيع لا يكون الا بالتراضى ولا يتم الرضا مع الخيار ولهذا ينفذ عتق البائع ويملك التصرف فيه دون المشترى وان قبضه باذن البائع زيلعى وهو محمول على ما اذا قبضه للاختبار أما اذا سلمه اليه على وجه التمليك كان مبطلا لخياره نهر كما لو وهب له الثمن فى المدة او ابرأه منه او اشترى به شيئا من المشترى وعرف من هذا أن خيار المشترى يمنع خروج الثمن عن ملكه وانه اذا كان الخيار لهما لا يخرج المبيع ولا الثمن عن ملك المالك ولم يبين الحكم فى الثمن اذا كان الخيار للبائع والحكم فيه كما فى القهستانى انه يخرج عن ملك المشترى بالاتفاق ولا يدخل فى ملك البائع عنده ويدخل عندهما اه والثمرة تظهر فى وجوب الزكاة ونحوها كصدقة الفطر والاضحية بان كان ما عند البائع من النصاب انتقص فى اثناء الحول وكان بحيث لو مضى يوم أو يومان من مدة الخيار يتم الحول فهل تلزمه الزكاة

خلافا لزفر والشافعى فيما اذا كان الخيار أكثر (ولو باع) عبدا على انه ان لم ينقد المشترى الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع) بينهما (صح) البيع عندنا استحسانا خلافا لزفر وهو القياس (و) لو باع على انه ان لم ينقد الثمن (الى أربعة) أو أكثر (لا) يصح البيع عندهما وعند محمد جائز (فان نقد فى الثلاث صح) عند الثلاثة خلافا لزفر وفيما اذا شرط أكثر من الثلاث (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) عندنا خلافا للشافعى (وبقبض المشترى

ونحوها باعتبار ضم الثمن الى ما عنده حيث كان النصاب به يتم عند الامام لا وعندهما نعم فان قلت ينبغى ان تظهر الثمرة أيضا بالنسبة للتصرف فيه قلت لا يصح لما سيأتى فى الشارح بعد قول المتن ولو اجاز من له الخيار بغيبة صاحبه صح حيث قال بان يتصرف البائع فى ثمن المبيع الخ (قوله يهلك بالقيمة) ولو شرط المشترى عدم ضمانه نهر عن البزازية قال وتعتبر قيمته يوم القبض الخ ولو تعيب فى يد المشترى فللبائع ان يلزمه البيع ان شاء وان شاء فسخه وضمنه النقصان كذا ذكره العينى مطلقا غير مقيد بالقيمى وكذا الزيلعى لكن فى النهر عن الحدادى قيده بما اذا كان قيميا فلو كان مثليا ليس له تضمينه النقصان لشبهة الربا (قوله اذا سمى ثمنه) بالبناء للمجهول سواء كانت التسمية من البائع أو من المشترى وفيه كلام حموى هو انه فى المحرر ما فى انفع الوسائل من قصر الضمان على تسمية الثمن من جانب المشترى شيخنا (قوله ولو هلك المبيع فى يد البائع الخ) ولو تعيب فى يده بقى على خياره لان ما انتقص بغير فعله لا يكون مضمونا عليه ولكن خير المشترى بين أخذه بكل الثمن أو الفسخ ولو فعله سقط من الثمن بقدره زيلعى (قوله فيخرج المبيع عن ملكه) لان البيع من جهته تام (قوله ولكن لا يملكه المشترى) ولا خلاف ان النفقة تجب على المشترى كما فى المعراج وانما لم يملكه المشترى لئلا يجتمع البدل والمبدل فى ملك شخص واحد اما زوال الملك لا الى مالك فله نظائر كعبيد الكعبة يخرجون عن ملك ملاكهم ولا يدخلون فى ملك أحد وكذا الستر فى الكعبة وكذا التركة المستغرقة بالدين تخرج عن ملك الميت ولا تدخل فى ملك الورثة ولا يقال على هذا يكون سائبة وهى منهى عنها لانا نقول الحال موقوفة ان اجيز البيع يستند الى وقت العقد فيتبين انه ملكه من ذلك الوقت ولهذا كان له الزوائد ولا يرد على الامام ما لو غصب المدبر وأبق من يده فانه يضمن قيمته ولا يخرج به عن ملك المالك فيجتمع العوضان فى ملك واحد لانه ضمان جناية لا معاوضة نهر ولهذا ذكر الكمال ان ما ذكره الامام الزم مما ذكره الصاحبان لان زوال الملك لا الى مالك فى العبد الذى يشترى للكعبة أو للوقف كائن فى المعاوضة (قوله وقالا يملكه) لئلا يكون الملك زائلا لا الى مالك وقد سبق جوابه (قوله وبقبضه يهلك بالثمن) لان الهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب يمنع الرد فيهلك وقد انبرم البيع فيلزم الثمن بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع لان تعيبه فى هذه الحالة لا يمنع الرد فيهلك والعقد موقوف فيبطل نهر ثم هو لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء فلا خلل فى كلامه خلافا لما ذكره السيد الحموى وكذا يهلك بالقيمة اذا كان الخيار لهما الا اذا أسقط البائع خياره فهلك فى المدة يهلك بالثمن ذكره فى النهر أيضا وكان الاولى ان يقول فهلك ولو فى المدة لانه اذا لزمه الثمن بالهلاك فى المدة بعد ما اسقط البائع خياره فكذا بعد مضيها بالاولى (تتمة) كان البيع بشرط الخيار لهما فات أحدهما لزم البيع من جانبه والآخر على خياره شرنبلالية عن الخانية (قوله كتعيبه) المراد عيب لا يرتفع كقطع اليد وان كان يرتفع كالمرض فهو على خياره فان ارتفع فى المدة لا يلزمه والا لزمه عينى (قوله فيما اذا كان الخيار للبائع أو المشترى) فيه نظر بل الكلام فيما اذا كان الخيار للمشترى فقط أما اذا كان للبائع فالعيب لا يمنع الرد بل يخير البائع بين امضاء البيع وأخذ الثمن وبين فسخه وأخذ النقصان صرح به الزيلعى حموى وأقول ليس المراد بالتعيب مجرده بل المراد به ما ترتب عليه امتناع رده بأن مات بعد ما تعيب أخذا من قول الزيلعى اذا كان الخيار للبائع فدخله العيب لا يمتنع الرد بحكم الخيار وان أشرف على الهلاك فلو لزم البيع فيه انما يلزم بعد موته وذلك لا يجوز لانه لم يبق محلا للبيع فكان مضمونا عليه بالقيمة انتهى والى هذا اشار الشارح بقوله تجب القيمة أو الثمن أى تجب القيمة فيما اذا تعيب فى يد المشترى وكان الخيار للبائع حيث وجد المانع من رده بموته بعد ما تعيب أو الثمن فيما اذا كان الخيار للمشترى شيخنا فان قلت حيث أريد بالتعيب ما ترتب عليه من الموت يكون من الهلاك مع ان قول المصنف وبقبضه يهلك بالثمن كتعيبه قاض بالمغايرة بينهما قلت المغايرة بينهما حاصلة اذ لم يعتبر فى الهلاك الذى ذكره المصنف كونه مسبوقا بالتعيب بعيب لا يرتفع

يهلك بالقيمة) مطلقا أى لو قبض المشترى باذن البائع أو بغير اذنه وهلك المبيع فى يده فى مدة خيار البائع ضمنه بالقيمة فى ظاهر الرواية وعن أبى حنيفة وأبى يوسف انه يجب الثمن المسمى وعن ابن أبى ليلى انه لا شئ فيه هذا اذا كان من ذوات القيم اما اذا كان من ذوات الامثال فيجب المثل ثم المقبوض على سوم الشراء انما يضمن بالقيمة اذا سمى ثمنه فان لم يسم لا يضمن كذا فى المغنى ولو هلك المبيع فى يد البائع قبل القبض انفسخ البيع ولا شئ على المشترى كما فى البيع البات (وخيار المشترى لا يمنع) خروج المبيع عن ملك البائع فيخرج المبيع من ملكه (و) لكن (لا يملكه) المشترى عند أبى حنيفة وقالا يملكه (وبقبضه) يهلك (بالثمن) فى مدة خيار المشترى عندنا وعند الشافعى يهلك بالقيمة (كتعيبه) أى كما لو تعيب المبيع فى يد المشترى فيما اذا كان الخيار للبائع أو المشترى تجب القيمة أو الثمن مطلقا سواء كان بفعله أو بفعل أجنبى أو بآفة سماوية أو بفعل المبيع

فكان مغايرا لما اعتبر فيه ذلك واعلم ان ماذكرناه من التأويل خاص بما اذا كان الخيار للبائع أما اذا كان للمشترى فلا يحتاج اليه لانه بمجرد التعيب يلزمه الثمن كالهلاك حيث بقى العيب ولم يرتفع حتى مضت مدة الخيار (قوله فكذا هذا فيهما) أى فمثل التعيب الهلاك فيهما أى فى خيار البائع أو المشترى شيخنا (قوله فلو اشترى زوجته الخ) هذه احدى المسائل المتفرعة على الاصل المختلف فيه وهو ان خيار المشترى مانع من ملكه للمبيع عند الامام خلافا لهما ورمز لها العينى بحروف اسحق عزك نخم فالالف من الامة اذا اشتراها بشرط الخيار وكانت زوجته يبقى نكاحها عند الامام لعدم ملكه اياها وعندهما ينفسخ ويترتب عليه ماسيجىء من انه لو وطئها كان له ردها بحكم شرط الخيار عند الامام لان الوطء بحكم ملك النكاح وعندهما ليس له ذلك لكون الوطء عندهما بحكم ملك اليمين وهذا اذا لم ينقصها الوطء فان نقصها امتنع ردها اتفاقا أما عندهما فظاهر وأما عنده فلانها بالتعيب امتنع الرد والسين من الاستبراء اذا اشتراها وحاضت فى مدة الخيار لم يحتسب عن الاستبراء عنده خلافا لهما والحاء من المحرم اذا اشترى ذارحم محرم منه لم يعتق عليه وخياره باق عنده خلافا لهما والقاف من القربان اذا اشتراها وقربها بعد الشراء وهى ثيب لم يصر قابضا فلا يسقط الخيار خلافا لهما والعين من الوديعة اذا اشترى شيئا ثم اودعه عند البائع فهلك فى مدة الخيار فهو من مال البائع عنده لان قبضه يرتفع بالرد لعدم الملك كما فى الزيلعى خلافا لهما والزاى من الزوجة اذا اشترى زوجته فولدت فى مدة الخيار لم تصر أم ولده عنده خلافا لهما يعنى ولدت قبل القبض وبعده تصير اذا ادعاه ويسقط الخيار للعيب كما فى النهر لان الولادة عيب درر وابن كمال وفى البحر عن الخانية اذا كان الولد ميتا ولم تنقصها الولادة لا يبطل خياره وأقره المصنف درر والكاف من الكسب يعنى اذا اكتسب العبد فى المدة فهو للبائع بعد الفسخ عنده خلافا لهما والفاء من الفسخ لبيع الامة فلا استبراء على البائع عنده خلافا لهما والخاء من الخمر اذا اشترى ذمى من ذمى خمرا فأسلم أحدهما فهو للبائع عنده خلافا لهما عينى وتبعه المصنف لكن عبارة ابن الكمال أسلم المشترى در وأقول ذكر الزيلعى انه اذا أسلم البائع والخيار للمشترى بقى على خياره بالاجماع ثم قال وهذا كله اذا أسلم أحدهما بعد القبض والخيار لاحدهما وان أسلم قبل القبض بطل البيع فى الصور كلها سواء كان البيع باتا أو بشرط الخيار لاحدهما أو لهما الخ والميم من المأذون اذا اشترى المأذون شيئا بالخيار ثم أبرأه البائع عن الثمن فى المدة يكون خياره باقيا فان أجاز البيع فالمبيع له بغير ثمن وان فسخ عاد الى البائع بغير ثمن وعندهما بطل خياره لانه ملكه فكان الرد والفسخ منه تمليكا من البائع بلا بدل وهو تبرع والمأذون لا يملكه عزمى زاده وذكر الزيلعى مسائل آخر منها اذا حلف بعتق بان قال ان ملكت عبدا فهو حر فاشترى بالخيار لا يعتق عنده خلافا لهما بخلاف ما اذا قال ان اشتريت فانه يعتق بالاتفاق لوجود المعلق عليه العتق وهو الشراء فيبطل خياره ومنها مسلم اشترى من مسلم عصيرا بشرط الخيار فتخمر العصير فى المدة فسد البيع عنده خلافا لهما ومنها حلال اشترى صيدا بشرط الخيار فقبضه ثم أحرم أى فى مدة الخيار والصيد فى يده ينتقض البيع ويرده الى البائع عنده وقالا يلزم المشترى فلو كان الخيار للبائع ينتقض فى قولهم جميعا ومنها ما لو اشترى دارا وهو ساكنها باجارة أو اعارة فاستدام السكنى بعد الشراء لا يكون اختيارا عنده خلافا لهما فان قلت يلزم على ذكره مسئلة القربان أن تكون مسئلة الزوجة مكررة اذ الضمير فى قوله اشتراها وقربها يرجع الى زوجته المذكورة أول المسائل حتى يصح قوله فلا يسقط الخيار اذ لو كانت غير زوجته لسقط خياره بالقربان قلت لا تكرار لاختلاف وضع المسئلة لان الاولى من حيث الملك وعدمه والثانية من حيث القبض وعدمه لانه لا يصير قابضا بوطئها عند البائع قبل قبضها فتهلك على البائع بخلاف الاولى فان وطئها كان بعد قبضها فتهلك عليه شيخ شاهين (قوله وان وطئها له أن يردها) قيده فى النهر بما اذا لم ينقصها الوطء فان نقصها ولو ثيبا امتنع الرد (قوله هذا اذا كانت ثيبا) كان عليه ان يزيد قوله ولم ينقصها الوطء كما سبق (قوله بشهوة) وحدها انتشار آلته أو زيادته وقيل بالقلب

وان لم

فكذا هذا فيهما (فلو اشترى زوجته
بالخيار بقى النكاح) عند أبى حنيفة
وعندهما نفسد قوله ولو اشترى
الى آخره نتيجة قوله ولا يملكه (وان
وطئها له ان يردها) عند أبى حنيفة
خلافا لهما هذا اذا كانت ثيبا
وان كانت بكرا امتنع الرد عنده أيضا
وكذا اذا قبلها أو مسها أو مسته بشهوة

وان لم تنتشر سراج وينبغى أن يتعين الاخير فى العنين ولو ادعى عدمها فان كان على الفم لم يقبل قوله والا قبل ولو فعلت الامة به ذلك وأقر بالشهوة كان رضا نهر (قوله وكذا لو وطئها غير الزوج فى يده) يعنى ولم ينقصها الوطء لان حدوث العيب مانع من الرد مطلقا سواء كان بفعله أو لم يكن (قوله ولو اجاز من له الخيار) بائعا كان أو مشتريا أو اجنبيا نهر (قوله بغيبة صاحبه) المراد بالغيبة عدم علمه وبالحضرة علمه حموى عن المفتاح (قوله بان يتصرف البائع فى ثمن المبيع) أو المشترى فى المبيع تصرف الملاك فلو أبقى الشارح كلام المصنف على اطلاقه متناولا لما اذا كان الخيار للبائع أو المشترى او غيرهما لكان أولى (قوله خلافا لابى يوسف والشافعى) لانه مسلط عليه من قبل صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة ولهما أنه تصرف فى حق الغير بالرفع أى رفع العقد ولا يعرى عن مضرة لانه قد يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبائع أو لا يطلب لسلعته مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشترى وهذا نوع ضرر فيتوقف على العلم بخلاف الاجازة فانه لا الزام فيها وكيف يقال انه مسلط وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط فى غير ما يملكه المسلط والحيلة فيه أن يأخذ منه وكيلا حتى اذا أبدى له الفسخ رده عليه وخيار الرؤية على هذا الخلاف وفى العيب لا يصح فسخه بدون علمه اجماعا ولو أجازه البائع بعد فسخه قبل أن يعلم المشترى جاز وبطل فسخه عندهما وفيه يظهر أثر الخلاف وفيما اذا باعه بشرط أنه اذا غاب فسد فسخ البيع عندهما خلافا له ورجح قوله فى الفتح نهر والخلاف انما هو فى الفسخ بالقول أما الفسخ بالفعل كالبيع والاعتاق وتوابعه والوطء ودواعيه بشهوة فلا خلاف فى جوازه فى غيبة الآخر يعنى اذا كان الخيار للبائع وفعل شيئا من هذه الاشياء كان فسخا حكميا لانه دليل الاستبقاء بخلاف ما اذا كان الخيار للمشترى فانه يتم البيع (قوله أى موت من له الخيار) بائعا كان أو مشتريا ولو حكما قيدنا بموت من له الخيار لان موت غيره لا يتم به العقد بل الخيار باق لمن شرط له وفى جامع الفصولين وكيل البيع أو الوصى باع بخيار أو المالك بنفسه باع بخيار لغيره فمات الوكيل أو الوصى او الموكل أو الصبى أو من باع بنفسه أو من شرط له الخيار قال محمد يتم البيع فى كل ذلك لان لكل منهم حقا فى الخيار والجنون كالموت انتهى وكذا الاغماء فان أفاق فى المدة ففى الاسبيجابى الاصح انه على خياره قيل التحقيق ان الجنون والاغماء ليسا مسقطين انما المسقط مضى المدة بلا اختيار بدليل ما مر من أنه لو أفاق فيها كان على خياره نهر وبه جزم فى التنوير وشرحه من غير ذكر خلاف حيث قال ومضى المدة وان لم يعلم لمرض أو اغماء انتهى واعلم ان قوله فى النهر ولو حكما بعد قوله أى موت من له الخيار بائعا كان أو مشتريا يتعلق بقوله بائعا كان أو مشتريا ليشمل بيع المقايضة شيخنا لان تسمية كل من المتعاقدين فى المقايضة بالبائع أو المشترى انما هو فى الحكم فقط لما ان كلا من السلعتين يصلح أن يكون ثمنا ومبيعا فان قلت ما المانع من جعله متعلقا بالموت ليشمل الردة اذ هى موت حكما قلت منع منه ما فى النهر عن الفتح من أنه لو ارتد فهو على خياره اجماعا ولو تصرف بحكم خياره توقف عنده خلافا لهما بحر (قوله وقال الشافعى يورث) لانه حق لازم ثابت فيجرى فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الا مشيئة وارادة فلا ينتقل عنه بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث لا أنه ورث خياره وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا أن الخيار يورث زيلعى وفى النهر وأما فى التعيين فلاختلاط ملك الوارث بملك الغير الا أنه لا يملك الفسخ ولا يتوقت خياره بخلاف المورث ولم أر فى كلامهم حكم خيار النقد وينبغى ان يكون كالشرط انتهى وأما خيار فوات الوصف المرغوب فيه فانه يورث بحر (تتمة) ماذكره فى الدرر من أن الخيارات الاربعة خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار التعيين وخيار العيب مشتركة فى عدم الارث ويفترق خيار الشرط وخيار الرؤية عن خيار العيب والتعيين بان خيار الشرط والرؤية لا تصرف فيهما للوارث أصلا لا بالوراثة ولا ابتداء بخلاف خيار العيب والتعيين فان فيهما تصرفا للوارث ابتداء لا بطريق الارث أى استقلالا لا انتقالا هو الظاهر من كلام الهداية والكافى

وكذا لو وطئها غير الزوج فى يده (ولو
أجاز من له الخيار بغيبة صاحبه صح)
مطلقا سواء كانت الاجازة صريحا
بأن يقول أجزته أو أخذته أو نحوه
أو دلالة بأن يتصرف البائع فى ثمن
المبيع تصرف الملاك (ولو فسخ)
البيع من له الخيار بغيبة صاحبه
(لا) يصح الفسخ عندهما خلافا
لابى يوسف والشافعى ثم يتوقف
الفسخ فان بلغ خبر الفسخ فى المدة تم
الفسخ عندهما ولو بلغ بعد مضى
مدة الخيار تم العقد بمضى المدة
قبل الفسخ (وتم العقد) الذى شرط
فيه الخيار (بموته) أى موت من له
الخيار (ومضى المدة) وقال مالك
ينفسخ فيهما وقال الشافعى
يورث عنه

وصرح صاحب الوقاية بان خيارا العيب والتعيين يورثان وتبعه فى النقاية والظاهران لمشايخنا فيه قولين وقال فى الفتح مقتضى النظر أن يتفرع عدم الارث على قول الامام خلافا لمنلا نوح أفندى بتصرف (قوله والاعتاق) ولو بعضه تنوير وكذا كل تصرف لا ينفذ ولا يحل الا فى الملك كاجارة ولو بلا تسليم فى الاصح ونظر الى فرج داخل بشهوة درلا بغير شهوة لانه يحل فى غير الملك فى الجملة كالطبيب والقابلة وكذا التقبيل والمباشرة بشهوة ولو انكر الشهوة كان القول له لانه ينكر سقوط خياره وكلامه يعطى انه لو اشتراها بالخيار على انها بكر فوطئها ليعلم أهى بكر اولا كان اجازة لان هذا الفعل وان احتيج اليه للامتحان الا انه لا يحل فى غير الملك ولو وجدها ثيبا لكنه لم يلبث كان له الرد بهذا العيب نهر واعلم ان الوطء ودواعيه انما يكون دليل الاجازة اذا لم يكن المبيع منكوحة المشترى حتى لو كانت منكوحته وكان الخيار له ففعل بها ماذكر لم يكن دليل الرضا الا اذا كانت بكرا فوطئها الا يردها حموى عن البرجندى وكان الاولى ابدال قوله الا اذا كانت بكرا بقوله الا اذا نقصها الوطء أما الركوب أو الاستخدام فله الرد بعدهما لانه يفعل للامتحان والتجربة فلا يكون دليل الاستبقاء عينى وكذا اذا استخدمها ثانيا فى نوع آخر الا اذا اتحد النوع فانه يكون اجازة وبه يحصل التوفيق فى كلام الصغرى حيث ذكر فى موضع ان الاستخدام مرارا لا يكون اجازة وذكر فى موضع آخر ان خياره يبطل بالمرة الثانية (قوله اذا كان الخيار له) اعلم ان تمام العقد بالاجازة بالقول المنبه عليها بقوله فاذا أجاز من له الخيار لا فرق فيها بين ان يكون الخيار للبائع أو للمشترى وأما بالاجازة بالفعل المنبه عليها بقوله والاعتاق فمشروطة بان يكون الخيار للمشترى فان كان للبائع كان فسخا وكان عليه ان ينبه على ذلك فما فى البحر من انه لم يذكر الاجازة بالفعل سهو نهر (قوله والاخذ بشفعة) ليس الاخذ بقيد لانه يتم بمجرد الطلب سواء اخذ ام لا ففى الكلام مضاف محذوف والاصل وطلب الاخذ سواء كان طلب مواثبة او تقرير نهر بخلاف خيار الرؤية حيث لا يسقط بالاخذ بالشفعة لانه لا يسقط بالصريح فكذا بالدلالة زيلعى (تتمة) بقى مما يتم به البيع ما اذا زاد المبيع فى يد المشترى زيادة متصلة متولدة من الاصل كالسمن وانجلاء بياض العين خلافا لمحمد ولا خلاف فى امتناع الفسخ فى غير المتولدة منه كالصبغ ونحوه وكذا فى المنفصلة المتولدة كالعقر والثمر والمنفصلة الغير المتولدة كالغلة والكسب لا تمنعه اتفاقا فان أجازه المشترى لم ترد عندهما وعند الامام ترد على البائع نهر (قوله وهو القياس) لان الخيار من مواجب العقد فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشترى وجه الاستحسان ان الخيار لغير العاقد لا يثبت الا نيابة عن العاقد فيقدم له الخيار ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه وقوله فى النهر وهذا الوجه يقتضى ان البائع لو شرطه لغيره صح ولم أره صريحا تعقبه شيخنا بقوله هو مذكور فى شرح مسكين حيث قال والتقييد به اتفاقى أى التقييد بالمشترى فى قول المتن ولو شرط المشترى الخيار لغيره صح لانه ذكر فى السراجية الخ وذكر السيد الحموى ان قوله ولم أره صريحا قصور نظر للتصريح به فى الدرر والمفتاح وغيرهما واعلم ان التقييد بالمشترى بالنسبة للمتن الذى شرح عليه الشارح وصاحب النهر والبحر أما متن الزيلعى والعينى فليس فيه ذكر المشترى فيكون فاعل شرط العاقد الشامل لكل من المشترى والبائع (قوله وأى أجاز او نقض صح) لان كل واحد يملك التصرف أصالة أو نيابة عينى واعلم ان كلام المصنف شامل لما لو قال الآخر بعده لا أرضى وبه صرح فى النهر (قوله فالاسبق احق) لوجوده فى زمان لا يزاحمه فيه أحد وتصرف الآخر بعده لغو عينى (قوله فالفسخ أحق) لانه أقوى لانه يرد على المجاز دون العكس اذ المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الاجازة واعترض بما لو تفاسخا ثم تراضيا على فسخ الفسخ واعادة العقد فانه يجوز وليس فسخ الفسخ الا الاجازة واجيب بمنع كونه اجازة بل بيع ابتداء (قوله فى رواية كتاب المأذون) وهى الاصح (قوله فى بيوع الاصل) يعنى المبسوط (قوله تصرف المالك أولى) لقوته (قوله أى البائع أو المشترى) هذا التفسير يوجب ان يستعمل باع فى كلام المصنف فى معنييه حموى يعنى البيع والشراء لما سبق من ان البيع من الاضداد وهذا يقتضى

(والاعتاق وتوابعه) أى تم العقد باعتاق المشترى أو بالتدبير أو بالكتابة اذا كان الخيار له (والاخذ بشفعة) أى لو اشترى دارا على انه بالخيار ثلاثة أيام فباع رجل دارا بجنبها فاخذها المشترى بشفعة تم بالاخذ وصح أخذه (ولو شرط المشترى الخيار لغيره صح) استحسانا وقال زفر يفسد العقد وهو القياس والتقييد به اتفاقى لانه قال فى السراجية والكافى لو شرط أحد المتعاقدين الخيار لغيره صح (وأى) من المشترى والغير اذا (أجاز أو نقض صح) كل واحد من الاجازة والنقض استحسانا وفى القياس لا يجوز وهو قول زفر (فان أجاز أحدهما ونقض الآخر فالاسبق) منهما (أحق) بما فعل (وان كانا) أى الاجازة والفسخ (معا) أو لم يعلم التاريخ (فالفسخ) أحق فى رواية كتاب المأذون وقال فى بيوع الاصل تصرف المالك أولى من تصرف النائب نقضا كان او اجازة (ولو باع عبدين) بألف درهم (على انه) أى البائع أو المشترى (بالخيار فى أحدهما)

على ماذكره الكرخى من انه لو شرط خيار التعيين للبائع جاز استحسانا واليه أشار فى الزيادات وفى شرح التلخيص والكافى وهو الاصح وفى المجرد لا يجوز لانه جوز للمشترى للحاجة على خلاف القياس ولا حاجة اليه للبائع ورجحه الكمال بأن المبيع كان مع البائع قبل البيع فهو أدرى بما لاءمه قال فى النهر وأنت خبير بأن الانسان قد يرث قيميا لا يعرفه ويقبضه وكيله فيبيعه بهذا الشرط ليبقى لنفسه ما هو الارفق لكن قال السيد الحموى هذه صورة نادرة والاحكام لا تناط بالنادر (قوله ان فصل وعين صح) لان الذى فيه الخيار كالخارج عن العقد فكان الداخل فيه غيره فلم يكن ذلك الداخل معلوما وثمنه معلوما لا يجوز اذ جهالة المبيع أو الثمن تفسد البيع ولن يكونا معلومين الا بالتفصيل والتعيين عينى (قوله لا يصح فى هذه الصور الثلاثة) لجهالة المبيع والثمن أو احدهما ولو اشترى كيليا أو وزنيا أو عبدا واحدا على انه بالخيار فى نصفه جاز فصل أو لا لان النصف من الشئ الواحد لا يتفاوت عينى (قوله وصح خيار التعيين) أى فى القيميات لا فى المثليات لعدم تفاوتها (قوله حتى لو اشترى أحد الثوبين الخ) اعلم ان نسخ الجامع الصغير اختلفت ففى بعضها اشترى أحد الثوبين الخ كما هنا وهذا لا يحتاج الى معذرة وفى بعضها اشترى ثوبين وهو مجاز ووجه التجوز احتمال ان يكون كل منهما هو المبيع أو انه من قبيل اطلاق الكل على البعض كما فى قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان أى من احدهما كذا فى العناية اذا علمت هذا ظهر ان ماذكره فى الدرر من قوله يعنى اشترى ثوبين على ان يأخذ أيهما شاء مستقيم لا غبار عليه وما اعترض به فى الشرنبلالية من ان ظاهره وقوع الشراء على الجميع ابتداء وهو مخالف لما فى الزيلعى والبرهان من تصوير المسئلة بما اذا وقع الشراء على أحد العبدين أو على ثوب من ثوبين والصواب ما صوره الزيلعى والبرهان لان المنصوص عليه ان أحدهما مضمون عليه بالثمن والآخر أمانة فى يده لقبضه باذن مالكه لا على سوم الشراء وهذا لا يتأتى الا فيما اذا اشترى أحدهما انتهى رده شيخنا بان هذا الظاهر غير مراد له وانما المراد أحدهما بقرينة ماذكره أول الباب فانه قد صرح بان المعقود عليه احدهما وحينئذ يكون من مجاز الحذف فيسقط ما ادعاه المحشى من التصويب على ان صاحب الدرر تابع للهداية انتهى (قوله وفى الاربعة لا يصح) لان الحاجة تندفع بالثلاثة لوجود الجيد والوسط والردىء فلا حاجة الى الاربعة (قوله وهو القياس) لجهالة المبيع وجه الاستحسان ان هذه الجهالة لا تفضى الى المنازعة لتعيين من له الخيار فلا تمنع الجواز زيلعى (قوله ثم قيل يشترط أن يكون فى هذا العقد خيار الشرط الخ) قال شمس الائمة الحلوانى وهو الصحيح فيجوز رد كل من الثوبين الى ثلاثة ايام ولو بعد تعيين الثوب الذى فيه البيع ولو مضت الثلاث قبل رد شئ وتعيينه بطل خيار الشرط نهر والحاصل ان ردهما معا فيما اذا كان فيه خيار الشرط مقيد بما اذا كان الرد فى المدة اما رد أحدهما فلا يتقيد لانه بمضى المدة يلزم العقد فى احدهما وله التعيين بحر ومنه يعلم ما فى كلام بعضهم من الايهام ولو مات من له الخيار فلوارثه أن يرد احدهما ولو بعد مضى المدة لان الباقى خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقف فى حق الوارث وليس له ردهما معا ولو فى المدة لانه انما يكون بحكم خيار الشرط وهو لا يورث كما سبق (قوله والصحيح أنه لا يشترط) فيلزم العقد فى احدهما حتى لا يرد الا احدهما وعلى قول الكرخى له أن يردهما لان هذا الخيار عنده بمنزلة خيار الشرط (قوله واذا لم يذكر خيار الشرط فلا بد من توقيت خيار التعيين الخ) قال العبد الضعيف اذا لم يذكر خيار الشرط فلا معنى لتوقيت خيار التعيين بخلاف خيار الشرط فان التوقيت فيه للزوم العقد عند مضى الوقت وفى خيار التعيين لا يمكن ذلك لانه لازم فى احدهما قبل مضى الوقت فلا فائدة لشرط ذلك والذى يغلب على الظن ان التوقيت لا يشترط فيه زيلعى وابدى فى الحواشى السعدية له فائدة هى انه يجبر على التعيين بعد مضى الايام الثلاثة قال وهذا هو اثر توقيت خيار التعيين كما اذا ذكر خيار الشرط معه ووقت ومضت مدته بلا فرق وقوله فى النهر كما اذا لم يذكر معه خيار الشرط صوابه حذف حرف النفى فان سوق كلام الحواشى السعدية للتسوية بين توقيت

(ان فصل) ثمن كل واحد منهما (وعين) العبد الذى فيه الخيار (صح والا) أى وان لم يفصل ولم يعين أو فصل ولم يعين أو عين ولم يفصل (لا) يصح فى هذه الصور الثلاثة (وصح خيار التعيين فيما دون الاربعة) حتى لو اشترى أحد الثوبين على ان يأخذ أيهما شاء بعشرة دراهم وهو بالخيار ثلاثة أيام صح وفى الاربعة لا يصح وعند مالك يصح وعند زفر والشافعى لا يصح فى الكل وهو القياس ثم قيل يشترط ان يكون فى هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين والصحيح انه لا يشترط واذا لم يذكر خيار الشرط فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث أو بما دونه عند أبى حنيفة وبما شاء العاقدان عندهما

خيار التعيين عند خلوه عن خيار الشرط بالثلاثة و بين مالوذ كرمعه خيار الشرط ومضت مدته حيث
يجبر على التعيين فيهما يعنى فى الصورتين وحينئذ فقد ظهر لتقييده بالثلاث عند عدم ذكر خيار
الشرط فائدة كذاذ كره شيخنا واعلم ان ماذكره فى الحواشى السعدية من أن فائدة توقيت خيار التعيين
هى انه يجبر على التعيين بعد مضى الايام الثلاثة الخ يفيد ماذكره فى الشرنبلالية من ان فائدته دفع ضرر
البائع لما يلحقه من مطل المشترى التعيين اذالم يشترط توقيت خيار التعيين فيفوت على البائع نفعه
وتصرفه فيما يملكه انتهى ثم اذا كان خيار التعيين للمشترى وقبضهما فهلك احدهما او تعيب لزمه
البيع فيه بثمنه لامتناع الرد بالعيب وتعين الآخر للامانة لان الداخل تحت العقد احدهما والذى
لم يدخل فى العقد قبضه باذن مالكه لاعلى سوم الشراء فكان امانة فى يده كماذكره الزيلعى حتى لوهلك
الآخر بعدهلاك الاول اوتعيب لايلزم عليه من قيمته شئ كما فى العناية هذا اذا هلك احدهما قبل الآخر
فلوهلكا معا أوعلى التعاقب ولايدرى الاول لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة
فيهما لعدم الاولوية بجعل احدهما مبيعا وامانة سواء كان الثمن متفقا او مختلفا بخلاف ما اذا تعيبا
ولم يهلكا حيث يبقى خياره وله ان يرد احدهما لانهما محل لابتداء البيع فكذا التعيين بخلاف الهالك
ولكن ليس له ان يردهما وان كان فيه خيار الشرط لان العيب يمنع من الرد بخيار الشرط زيلعى
(قوله ولواشتريا على انهما بالخيار الخ) وكذا الخلاف فى خيار الرؤية والعيب فليس لاحدهما الرد بعد
رؤية الآخر أورضاه بالعيب خلافا لهما لضرر البائع بعيب الشركة وكذا لواشترى عبدا من رجلين
صفقة على ان الخيار لهما فليس لاحدهما الانفراد اجازة او ردا خلافا لهما تنوير وشرحه وعزو ذلك
للتنوير فقط فى كلام بعضهم سبق قلم (قوله وعندهما له ان يرده) لان اثبات الخيار لهما يستلزم اثباته
لكل واحد منهما لانه شرع لدفع الغبن وكل واحد منهما محتاج الى دفعه عن نفسه فلو بطل بابطال
الآخر خياره لم يحصل مقصوده وله ان المشروط خيارهما لا خيار كل واحد منهما على الانفراد فلا
ينفرد احدهما بالرد ولان حق الرد يثبت لهما على وجه لايتضرر به البائع وفى رد احدهما ضرر بالبائع
اذ المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما لرده معيبا بها اذ هى عيب فى
الاعيان لكونه لايتمكن من الانتفاع به الا بطريق المهايأة وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضا
برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد زيلعى (قوله على انه خباز الخ) وشرطه ان يقدر على الكتابة
والخبز قدر ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز وان كان لايحسن ذلك فله الخيار وان قال البائع كان
يحسن ذلك لكنه نسى عندك فالقول للمشترى مطلقا وان احتملت المدة ما ادعاه البائع زيلعى مع نهر
(قوله اخذه بكل الثمن اوترك) لان الاوصاف لايقابلها شئ من الثمن لكونها تابعة زيلعى ولو امتنع
الرد بسبب من الاسباب والمسئلة بحالها رجع بالنقصان بأن يقوم كاتبا وغير كاتب فيرجع بالتفاوت
وليس كل الاوصاف يصح العقد باشتراطها بل الضابط فيها ان كل وصف لاغرر فيه فاشتراطه جائز لا
مافيه غرر الا ان يكون اشتراطه بمعنى البراءة من وجوده بأن لايكون مرغوبا فيه وعلى هذا تفرع مالو باع
ناقة اوشاة على انها حامل اوتحلب كذا فسد البيع ولوشرط انها حلوب جاز واختلف فى اشتراط حمل
الجارية فقيل لايجوز كالناقة وقيل يجوز لانه فيهن عيب فكان ذكره للبراءة منه وهو الصحيح نهر
عن الخانية ووجه الفساد فيما اذا باع الشاة على انها حامل اوتحلب كذا رطلا انه من قبيل الشرط الفاسد
بخلاف مالو باعها على انها حلوب اولبون حيث لايفسد لانه من قبيل الوصف عينى ولوقال يخبز كذا صاعا
او يكتب كذا قدرا يفسد لما ذكرنا

(باب خيار الرؤية)

(ولواشتريا) عبدا مثلا (على انهما
بالخيار فرضى احدهما الا برده
الآخر) عند أبى حنيفة وعندهما
له ان يرده (ولواشترى عبدا على انه
خبازا اوكاتب وكان) العبد (بخلافه)
فالمشترى بالخيار ان شاء (اخذه بكل
الثمن أوترك) المبيع
(باب خيار الرؤية)

اى خيار عدم الرؤية حموى وأفاد بتقدير هذا المضاف ان الاضافة من اضافة المسبب الى السبب
اذ عدم الرؤية سبب ثبوت الخيار وعلى هذا فلابد من ملاحظة تقدير المضاف ويصح كون الاضافة من
اضافة الشئ الى شرطه فان هذا الخيار يثبت بشرط الرؤية وعلى هذا فلاتقدير وانما اقتصر المحشى على
الاول لانه الاصل فى الاضافة لانه اقوى وجوه الاختصاص كما قدمه المنلا كذاذكره شيخنا فان قلت
جعل الاضافة من قبيل اضافة الشئ الى شرطه ليس بظاهر كما فى الدرر لما سيجئ ان له الرد قبل الرؤية قلت
اجاب شيخنا بمافى الزيلعى من انه انما جاز فسخه قبل الرؤية لكونه عقدا غير لازم فينفسخ لذلك لابموجب
الخيار انتهى ثم اعلم ان خيار الرؤية يثبت فى كل عين ملكت بعقد يحتمل الفسخ كالشراء فلايثبت فى المسلم
فيه ولافى الاثمان الخالصة لثبوت كل فى الذمة ولافى المهر وبدل الخلع والصلح عن القصاص لعدم
قبولها الفسخ كذا فى البرهان قال فى الشرنبلالية وينبغى ان يكون كذلك بدل العتق والكتابة انتهى
واحترز بالاثمان الخالصة عما اذا كان المبيع اناء من احد النقدين فان فيه الخيار ولوتبايعا مقايضة ثبت
الخيار لكل منهما كما فى النهر وقد نظم العلامة الحموى مايثبت فيه خيار الرؤية فقال

في اربع خيار رؤية يرى * اجارة وقسمة كذا الشرا
كذاك صلح فى ادعاء المال * فاحفظ بعا نظمها فى الحال

(قوله يمنع تمام الحكم) ولهذا كان له رده قبل الرؤية ولو تصرف فيه جاز تصرفه وبطل خياره ولزمه
الثمن لانه لايمنع وقوع الملك للمشترى بحر وكذا لوهلك فى يده أو صار الى حال لايملك فسخه يبطل خياره
ومالم يبطل خياره لاطلب عليه بالثمن قبل الرؤية (قوله يمنع نفس الحكم) ولهذا لو باع بشرط الخيار
لم يخرج عن ملكه ولواشترى بشرط الخيار لم يدخل فى ملكه كما سبق (قوله فكان اضعف) لانه لايمنع
الحكم ولاتمامه اما انه لايمنع الحكم فلخروجه عن ملك البائع ودخوله فى ملك المشترى واما انه لايمنع
التمام فلانه ليس له رده الا اذا ظهر به عيب قديم فاللزوم فى العقد اخص من التمام فكل لازم تام
ولاينعكس شيخنا (قوله شراء مالم يره) المراد بالرؤية العلم بالمقصود فتكون الحقيقة فردا من افراد
المجاز لان من المبيع مالم يعلم منه المقصود بالرؤية بل بالشم مثلا فى نحو المسك نهر عن الفتح (قوله جائز)
لقوله عليه السلام من اشترى مالم يره فله الخيار اذا رآه وظاهر اطلاقه يقتضى عدم اشتراط الاشارة اليه
وهو الاصح كما فى الدرر عن اخى زاده خلافا لمافى التنوير تبعا للبحر والفتح من ان شرط جوازه الاشارة اليه
أو الى مكانه وهو الظاهر من كلام صدر الشريعة حيث مثل لما اذا اشترى مالم يره بقوله كما اذا اشترى
جارية متنقبة مشارا اليها يجوز البيع وله الخيار اذا كشفت وجهها وكذا الدرة فى الحقة قال المرحوم الشيخ
شاهين وفى العناية مايخالفه فانه قال بعد هذا وكذا الغائب المشار الى مكانه ولم يكن فيه من هو مسمى
باسم المبيع غيره قال وهذا يوافق ما استدلوا به من قصة عثمان وطلحة واقول لاتخالف لان الشرط للجواز
على القول به الاشارة الى المبيع ان كان حاضرا مستورا أو مكانه ان كان غائبا كما سبق عن التنوير
غايته ان صدر الشريعة اقتصر فى التمثيل على الاول وجمع بينهما فى العناية (تتمة) ظهر ان المبيع من
خلاف جنس المسمى فسد البيع والاصل ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعا وكان المشار اليه من خلاف
جنس المسمى فالعقد فاسد وان كان من جنسه فالعقد جائز ثم ان كان المشار اليه دون المسمى يتخير
المشترى والثياب اجناس والذكر مع الانثى فى بنى آدم جنسان حكما وفى سائر الحيوانات جنس واحد شيخ
شاهين عن شرح القدورى معزيا للمجتبى (قوله فى جوالق) الجوالق وعاء والجمع الجواليق بالفتح
والجوالق أيضا صحاح وقال فى القاموس الجوالق بكسر الجيم واللام وبضم الجيم وفتح اللام وكسرها
(قوله فى حقة) الحقة بالضم وعاء من خشب شيخنا عن القاموس (قوله واتفقا على انه موجود فى
ملكه) المراد الاتفاق على وجود المبيع لابشرط كونه فى ملك البائع لجواز بيع الوكيل والوصى
والمتولى والمضارب ونحوه شرنبلالية وأقول لاحاجة اليه لجعل مرجع الضمير فى ملكه هو المالك لا المتصرف

اعلم ان خيار الرؤية يمنع تمام الحكم
لخلل فى الرضا وخيار الشرط يمنع نفس
الحكم فكان أقوى فى المانعية ثم
خيار العيب يمنع لزوم الحكم فكان
أضعف من الكل ولذلك قدم
خيار الشرط على خيار الرؤية ثم قدم
خيار الرؤية على خيار العيب (شراء
مالم يره جائز) كما اذا اشترى زيتا فى زق
أو برا فى جوالق أو درة فى حقة أو ثوبا
فى كم واتفقا على انه موجود فى ملكه
ولم ير المشترى شيئا من ذلك صح البيع
عندنا

فيشمل جميع ماذكر على ان ماذكره من عدم اعتبار الملك لا يصح لانه حينئذ يرد عليه المساح لعدم جواز بيعه قبل احرازه فتدبر (قوله خلافا للشافعي) لان المبيع مجهول وقد نهى عليه السلام عن بيع ماليس عند الانسان أى ماليس بحاضر عند المتبايعين لنا ماسبق من قوله عليه السلام من اشترى مالم يره الخ ولان الجهالة فيه لا تفضى الى المنازعة لانه اذا لم يوافقه رده فصار كجهالة الوصف فى المشاهد المعاين والمراد بالنهى عن بيع ماليس عند الانسان ماليس فى ملكه زيلعى فعلى هذا اذا اشترى ثوبا مشارا اليه غير معلوم عدد ذرعانه فانه يجوز لكونه معلوم العين عناية (قوله وان رضى) واصل بما قبله يعنى له الخيار اذا رآه وان كان رضى قبله أى قبل ان يراه لان الخيار معلق بالرؤية على ماروينا فلا يثبت قبله ولان الرضا بالشئ قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية ونظيره اجازة الوارث الوصية بما زاد على الثلث قبل موت الموصى لا تعتبر بخلاف فسخه حيث يعتبر قبل الرؤية لكونه عقدا غير لازم فينفسخ لذلك لا بموجب الخيار كما قدمناه عن الزيلعى ونظر فيه فى العناية بأن عدم اللزوم باعتبار الخيار فهو ملزوم للخيار والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها فكذا ملزومه لان ماهو شرط اللازم فهو شرط الملزوم انتهى وهو ظاهر فى انه قبل الرؤية بات وبه صرح فى الفتح واجاب فى الحواشى السعدية بانا لا نسلم ان عدم اللزوم للخيار بل لعدم وقوعه منبرما وان كان عدم انبرامه باعتبار انه يثبت له الخيار عند الرؤية الخ النهر (قوله قبله) اى قبل الرؤية وذكر الضمير لتأويل الرؤية بالعلم شيخنا (قوله بأن قال رضيت) احترز به عن عن الرضا بالفعل بأن تصرف فيه فانه يبطل خياره حموى عن شرح المجمع وفى الدرعن الولوالجية اراد أن يبيع ضيعة ولا يكون للمشترى خيار رؤية فالحيلة ان يقر بثوب لانسان ثم يبيع الثوب مع الضيعة ثم المقر له يستحق الثوب المقر به فيبطل خيار المشترى للزوم تفريق الصفقة وهو لا يجوز الا فى الشفعة انتهى واعلم ان الفسخ بخيار الرؤية لا يحتاج الى قضاء ولا رضا لكن لا يصح الا بحضرة البائع عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف بغير حضرته أيضا والرضا يصح بدون حضرته اجماعا حموى عن البرجندى (قوله ولا خيار لمن باع مالم يره) مراده اذا باع بالثمن فلو كان بيع سلعة بسلعة فلكل منهما الخيار بحر (قوله يقول اولا له الخيار) اعتبارا بخيار الشرط زيلعى (قوله ثم رجع وقال لا خيار له) لان عثمان بن عفان باع ارضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة انك غبنت فقال لى الخيار لانى اشتريت مالم اره وقيل لعثمان غبنت فقال لى الخيار لانى بعت مالم اره فحكما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بحضرمن الصحابة عينى وجبير بن مطعم بن عدى بن نوفل بن عبد مناف القرشى النوفلى صحابى عارف بالانساب مات سنة ثمان أو سبع وخمسين شيخنا عن التقريب ومافى الدرر من قوله طلحة ابن عبد الله بلفظ المكبر تعقبه عزمى زاده بان الصواب عبيد الله بلفظ التصغير كما فى الهداية وسائر الكتب (قوله ويبطل الخ) فيه ايماء الى ان خيار الرؤية يثبت مطلقا غير موقت بمدة هو الاصح لاطلاق النص مالم يوجد مبطله وهو مايبطل به خيار الشرط ولو قبل الرؤية ومايفيد الرضا بعد الرؤية لا قبلها فاوله الاخذ بالشفعة ثم رد الاول بالرؤية در وقوله بما يبطل به خيار الشرط كالتصريح بالرضا أو التعيب او تصرف لا يحل كلوطء والقبلة واللمس بشهوة اولا يرفع كالاعتاق والتدبير أو يوجب حقا للغير كالبيع ولو بشرط الخيار للمشترى والهبة مع التسليم والرهن والاجارة الا انه فى هذه لا يتقيد بما بعد ثبوته بل يبطل قبله ومعناه خروجه عن صلاحية ان يثبت له الخيار عندها والا فالخيار معلق بها فكيف يبطل قبلها بخلاف مالا يوجبه كالبيع بخيار للبائع والمساومة والهبة بلا تسليم وبهذا اندفع ايراد الاخذ بالشفعة والعرض على البيع فان خيار الشرط يبطل بهما دون الرؤية لان الرضا صريحا غير مسقط له قبلها فالدلالة أولى نهر (قوله بما يبطل به خيار الشرط) هذه الكلية غير منعكسة لانه لو قبض المبيع بعد رؤيته لم يبطل خيار الشرط وبطل خيار الرؤية نهر واقول لا يضر عدم انعكاس هذه الكلية لما تقرر من ان الشرط فى القضايا الشرعية الاطراد دون الانعكاس حموى (قوله وكفت رؤية وجه الصبرة) معناه انه لو رأى

خلافا للشافعى (قوله) اى للمشترى (قوله) بأن (ان يرده اذا رآه وان رضى قبله) بان قال رضيت (ولا خيار لمن باع مالم يره) بأن ورث شيئا مثلا فباعه قبل الرؤية وكان أبو حنيفة يقول أولا له الخيار ثم رجع وقال لا خيار له (ويبطل) خيار الرؤية (بما يبطل به خيار الشرط وكفت رؤية وجه الصبرة

ماذكر ثم اشترى فلا خيار له لانه بعد الشراء يسقط خياره بذلك كما توهمه بعض الطلبة واستشكله بانه غير موقت على الاصح بل له الفسخ فى جميع عمره مالم يسقطه بقول اوفعل يدل على الرضا نهر (قوله ووجه الرقيق) ويكتفى برؤية اكثر الوجه نهر عن السراج (قوله ووجه الدابة الخ) المراد بالدابة الفرس والحمار والبغل جوهرة فينظر حكم نحو البعير والبقر شرنبلالية وأقول تقييده بالفرس ونحوه للاحتراز عما لو كانت شاة للحم اوللدر والنسل او كانت بقرة اوناقة للحلب ولهذا قال فى النهر وأراد بها التى تركب احترازا عن الشاة فان كانت شاة لحم فلابد من جسها وقنية للدر والنسل فلابد من النظر الى ضرعها والبقرة الحلوب والناقة كذلك وشرط فى الظهيرية مع النظر الى ضرعها سائر جسدها قال فى البحر فليحفظ (قوله وشرط بعضهم رؤية القوائم) أى مع الوجه والكفل شرنبلالية والصحيح عدم الاشتراط زيلعى بقى ان يقال ظاهر كلام الدرر كالزيلعى يقتضى ان اشتراط رؤية القوائم على القول به غير مقيد بدواب الركوب ويخالفه صريح كلام الشارح (قوله وعن أبى يوسف الخ) يتأمل فى مغايرة هذا لما فى المتن حموى فلو قال عقب قول المصنف ووجه الدابة وكفلها وهو رواية عن ابى يوسف لكان أولى وجعله فى النهر قول أبى يوسف قال وهو الصحيح (قوله لابد من النظر الى ضرعها) تعقبه السيد الحموى بما فى الظهيرية من قوله وفى شاة القنية لابد من النظر الى ضرعها وسائر جسدها انتهى وأقول استظهر فى النهر أنه لو اقتصر على رؤية الضرع كفاه كما جزم به غير واحد انتهى (قوله وظاهر الثوب مطويا) لانه يستدل برؤية طرف منه على الباقى اذ لا تتفاوت أطراف الثوب الواحد الا يسيرا وذا غير معتبر قال الاقطع ومتى وجد داخل الثوب مختلفا فهو عيب ولا تعلق له بخيار الرؤية حموى عن شرح الشلبى (قوله وعند زفر لابد من نشره الخ) والفتوى على قوله حموى وفى النهر عن المبسوط الجواب على ماقاله زفر (قوله كالعلم) والمعتبر فى الرخصة قدر أربعة اصابع من أصابع عمر لا مضمومة كل الضم ولا منشورة كل النشر كما هى على هيئتها وذلك قدر شبر ولا بأس بالعلم من فضة فى العمامة قدر أربع اصابع ويكره من الذهب كالخاتم وقيل لا يكره ذلك وقال علم من الذهب كالمنسوج يجوز قدر أربع أصابع للرجال وكذا القلنسوة فى ظاهر المذهب كذا بخط الجد عن القنية (تتمة) جعل العلم فى الثوب مقصودا بالنسبة لعدم سقوط خيار الرؤية الا اذا رآه فلا ينافى أنه انما دخل فى البيع تبعا حتى لا يشترط لجواز البيع ان ينقد من الثمن قدر ما قابل العلم لقولهم ما اتصل بالمبيع اتصال قرار يدخل فى البيع تبعا فلا يقابله شئ من الثمن ولو كان من فضة كما سبق (قوله او أشجار البستان من خارج) أنكر بعضهم هذه الرؤية وقال المقصود باطنه فلا يكتفى برؤية ظاهره وجزم به فى جامع قاضيخان وهو الذى ينبغى ان يعول عليه وقالوا فى الكرم لابد من رؤية عنبه من كل نوع وفى الرمان لابد من رؤية الحلو والحامض وفى الدهن فى الدجاجة لابد ان يصبه فى كفه عند الامام ولو اشترى سمكا فى ماء يمكن أخذه فرآه فيه لا يسقط خياره وهو الصحيح وفى دفوف المغازى لابد من سماع صوتها نهر (تنبيه) اذا كان المبيع مغيبا تحت الارض كالجزر والثلجم والبصل والثوم والفجل بعد النبات ان علم وجودها تحت الارض جاز والا فلا فان باعه ثم قلع منه أنموذجا ورضى به فان كان يباع كيلا كالبصل او وزنا كالثوم والجزر بطل خياره عندهما وعليه الفتوى للحاجة وجريان التعامل به وعند أبى حنيفة لا يبطل وان كان مما يباع عددا كالفجل ونحوه فرؤية بعضه لا تسقط خياره حموى عن شرح المختار (تتمة) الانموزج بالزاى فى خط الشيخ حسن الشرنبلالى لكن ضبطه نوح افندى بالذال كذا بخط شيخنا ثم رأيت بخطه أيضا عن القاموس مانصه النموذج بفتح النون مثال الشئ معرب والانموذج لحن انتهى (قوله وهو الصحيح) لان مرافقها تختلف فلابد من رؤية الكل وماذكره الشيخ يبتنى على عادة أهل الكوفة فان فى ذلك الزمان دورهم كانت على مقطع واحد ولم تختلف الا فى الكبر والصغر وكونها جديدة أو قديمة وذلك يظهر برؤية بعضها واما اليوم فبخلافه زيلعى واقول يمكن تخريج كلام المصنف على ماقاله زفر بأن يراد بداخل الدار داخل بيوتها (قوله ونظر وكيله الخ)

و) وجه (الرقيق) مطلقا سواء كان رجلا أو امرأة والنظر الى غيره من الجسد لا يبطل الخيار (و) وجه (الدابة وكفلها) وشرط بعضهم رؤية القوائم فى دواب الركوب وعند محمد رؤية الوجه تكفى وعن أبى يوسف ان النظر الى وجه الدابة لا يبطل خيار الرؤية حتى ينظر الى كفلها أيضا وفى شاة اللحم لابد من الجس وفى شاة القنية لابد من النظر الى ضرعها وفيما يطعم لابد من الذوق وعن أبى حنيفة ان فى البرذون والبغل والحمار يشترط رؤية الحافر والذنب أيضا (و) كفت رؤية (ظاهر الثوب) حال كونه (مطويا) وعند زفر لابد من نشره ورؤيته كله قالوا هذا اذا لم يكن فى طى الثوب ما يكون مقصودا فان كان فيه ما يكون مقصودا كالعلم لا يسقط خياره مالم ير موضع العلم (و) كفت رؤية (داخل الدار) وفى عامة الروايات اذا رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم ير بيوتها وكذا اذا رأى خارج الدار أو أشجار البستان من خارج وعند زفر لابد من رؤية داخل البيوت وهو الصحيح قيل فى الدار يعتبر رؤية ماهو المقصود حتى لوكان فى الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان وبيت طابق يشترط رؤية الكل كما يشترط ٧ رؤية الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو الا اذا كان العلو مقصودا وبعضهم شرط رؤية الكل وهو الاظهر كذا فى المحيط (ونظر وكيله

٧ قوله والثلجم هو اللفت كما فى المصباح وهو بالسين المهملة ولا تقل ثلجم ولا شلجم أو لغية قاموس اه مصححه بحراوى

دل كلامه ان رؤيته قبل التوكيل به لا أثر لها فلا يسقط بها الخيار فتح وغيره وقالوا ان الوكيل بالقبض
كالرسول فى مسائل منها انه لا رجوع عليه بالثمن لو رد المبيع بالعيب وتصح كفالته بالثمن للمشترى
ولا يصح ابراؤه وتقبل شهادة الوكيل بقبض الدين به نهر فان قلت قوله للمشترى صوابه للبائع اذ هو
المكفول له بالثمن قلت المراد من قوله للمشترى أى عن المشترى شيخنا (قوله بالقبض) قيد به لانه
لو وكل رجلا بالرؤية لا تكون رؤيته كرؤية الموكل اتفاقا شرنبلالية عن الخانية (قوله لا نظر رسوله)
سواء كان رسول قبض أو شراء بخلاف وكيل الشراء والفرق بين الوكيل والرسول ان الوكيل يملك
الخصومة اذا امتنع البائع عن التسليم والرسول لا يملك حموى عن المفتاح (قوله فقبضه الوكيل بعد
ما رآه) ذكر فى الشرنبلالية ان المعتبر رؤيته التى مع القبض دون التى قبله وبعده انتهى وأقول اما عدم
اعتبار الرؤية بعد القبض فسلم واما عدم اعتبارها قبله فكأنه أخذه من قولهم القبض ناقص وتام فالتام
هو ان يقبضه وهو يراه بناء على ما توهمه من ان قولهم وهو يراه يفيد اشتراط كون القبض مع الرؤية
وليس كذلك اذ قولهم وهو يراه لا ينافى كون الرؤية الكائنة قبل القبض معتبرة أيضا حيث وجدت بعد
التوكيل بدليل ما قدمناه عن الفتح من ان رؤيته قبل التوكيل لا أثر لها فتقييده بما قبل التوكيل يفيد
انها بعد التوكيل معتبرة مطلقا ولو قبل القبض فالغرض من قولهم وهو يراه الاحتراز عما لو تأخرت
رؤيته عن قبضه حيث لا تعتبر حينئذ لكونه بعد القبض اجنبيا لانتهاء الوكالة بالقبض ومن هنا يعلم
سقوط ما ذكره بعضهم من ان فى قول الشارح فقبضه الوكيل بعد ما رآه تساهلا وحق العبارة فقبضه
الوكيل رائيا الخ (قوله فقبضه الرسول بعد ما رآه) حق العبارة ان يقال فقبضه ناظرا اليه لان ضمير رآه
لا يصح ان يرجع للمرسل لانه اذا نظر ورضى قبل قبض الرسول كيف يثبت له الخيار بعده ولا الى رسوله
لان الرسول لا عبرة بنظره سواء كان قبل القبض أو معه أو بعده شرنبلالية وقوله حق العبارة ان يقال
فقبضه ناظرا اليه أى حالة كون المرسل ناظرا اليه (قوله وقال أبو يوسف ومحمد الوكيل الخ) لانه
انما توكل بالقبض دون اسقاط الخيار ولهذا لا يملك اسقاطه قصدا بان قبضه مستورا ثم رآه واسقط الخيار
وله ان القبض تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا والموكل يملكه بنوعيه فكذا
الوكيل غير ان التوكيل ينتهى بالناقص منه فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك لكونه اجنبيا بعد انتهاء
الوكالة زيلعى (قوله كن رسولا عنى بقبضه) أو أمرتك بقبضه زيلعى أو قل لفلان يدفع اليك المبيع نهر
(قوله وصح عقد الاعمى) لانه مكلف محتاج زيلعى ولو لغيره در وهو كالبصير الا فى اثنى عشر مسئلة
لا جهاد عليه ولا جمعة ولا جماعة ولا حج وان وجد قائدا فى الكل ولا يصلح كونه شاهدا ولو فيما تقبل
فيه الشهادة بالتسامع على المذهب ولا دية فى عينه وانما الواجب حكومة عدل وكره اذانه وحده وامامته
الا ان يكون اعلم القوم ولا يجوز اعتاقه عن الكفارات ولا كونه اماما اعظم ولا قاضيا ويكره ذبحه
ولم أر حكم صيده ورميه واجتهاده فى القبلة بحر (قوله وسقط خياره بجس المبيع الخ) محمول على
ما اذا وجد الجس ونحوه منه قبل الشراء اما اذا اشترى قبل الجس لا يسقط خياره بل يثبت باتفاق
الروايات لما روينا ويمتد الى ان يوجد ما يدل على الرضا من قول أو فعل على الصحيح زيلعى ثم الاكتفاء
بالجس مقيد بما يدرك به ولا يحتاج الى غيره فان احتيج اليه لا بد منه كان اشترى ثوبا فلا بد من صفة
طوله وعرضه ورقعته مع الجس وفى الحنطة لا بد من المس والصفة شرنبلالية عن الجوهرة والى هذا
اشار الشارح بقوله اذا كان مما يعرف به (قوله بوصفه) لانه يقام مقام الرؤية فى حق البصير
كما فى السلم حتى لا يكون له خيار الرؤية بعد ما وصف له فكذا فى حقه زيلعى (قوله اذا قال رضيته) يتعلق
بقوله وسقط خياره الخ فاقتضى ان الجس والشم والذوق والوصف وجدت بعد الشراء وعلى ما قاله
الزيلعى كغيره من ان هذه الاشياء وجدت قبل الشراء لا حاجة لقوله رضيته وعلى ما ذكره الشارح انما
توقف سقوط خياره على قوله رضيته مثلا لما ان شيئا من ذلك اذا وجد بعد الشراء امتد خياره الى ان

يوجد

بالقبض كنظره لا نظر رسوله)
حتى لو اشترى طعاما لم يره فوكل رجلا
بالقبض فقبضه الوكيل بعد ما رآه
فليس للمشترى ان يرده الا من عيب
وان أرسل رسولا بقبضه فقبضه
الرسول بعد ما رآه فللمشترى ان يرده
وقال أبو يوسف ومحمد الوكيل والرسول
سواء وللمشترى ان يرده اذا رآه وهذا
الخلاف فى الوكيل بالقبض واما
الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار
اجماعا وصورة الوكيل ان يقول
المشترى لغيره كن وكيلا عنى بقبض
المبيع وصورة الرسول ان يقول كن
رسولا عنى بقبضه (وصح عقد
الاعمى) مطلقا واذا كان بيعا أو شراء
وقال الشافعى لا يصح شراؤه (وسقط
خياره) ان اشترى الاعمى (بجس
المبيع) اذا كان مما عرف به (وشمه)
ان كان مما يعرف به (وذوقه) اذا كان
يعرف به (وفى العقار بوصفه) اى
... خيار الاعمى اذا اشترى العقار
... يمكن ... اذ قال رضيته

يوجد ما يسقط من قول أو فعل شيخنا فان قلت على ما ذكره الزيلعى من ان الجس ونحوه وجد قبل الشراء
يشكل قول المصنف وسقط خياره لان التعبير بالسقوط يقتضى سبق ثبوته قلت يمكن الجواب بان المراد
ولا خيار له (قوله وعن أبى يوسف انه يقاد الخ) لان التشبيه يقوم مقام الحقيقة فى موضع العجز كتحريك
الشفتين يقام مقام القراءة فى حق الاخرس فى الصلاة واجراء الموسى مقام الحلق فى حق من لا شعر له فى
الحج قال الفقيه وهذا أحسن الاقاويل وبه نأخذ عناية لكن رده فى الفتح بان ايقافه فى ذلك المكان ليس
شرطا فى صحة الوصف وسقوط الخيار به ولهذا لم يذكره فى المبسوط وممن انكره الكرخى وقال وقوفه
فى ذلك الموضع وغيره سواء نهر وان ابصر بعد الوصف وبعد ما وجد منه ما يدل على الرضا فلا خيار له لان
العقد تم به وانبرم فلا ينقض بعد ذلك الا برضاهما زيلعى (قوله ان وكل بصيرا بقبضه الخ) وهو اشبه
بقول ابى حنيفة لان رؤية الوكيل به كرؤية الموكل عنده على ما بينا زيلعى (قوله بصفقة) الصواب
اسقاط الباء حموى (قوله له ردهما) لان رؤية احدهما لا تغنى عن رؤية الآخر وليس له ان يرده
وحده لنهيه عليه الصلاة والسلام عن تفريق الصفقة فيردهما جميعا ضرورة عينى وكذا لو وجد باحدهما
عيبا قبل القبض ليس له ان يرده وحده ولو استحق أحدهما رد الباقى لان الصفقة تمت فيما كان ملك
البائع نهر وقوله قبل القبض يحترز به عما لو وجد العيب بعد القبض حيث لا يمتنع رد المعيب وحده لانه
فى خيار العيب يملك تفريق الصفقة بعد القبض بخلاف خيار الرؤية والشرط حيث لا يملك التفريق
مطلقا كما سيأتى (قوله بطل خياره) ولا ينتقل الى ورثته لان الخيار ثبت بالنص للعاقد ولان الخيار
وصف فلا يجرى فيه الارث زيلعى (قوله ولا ينتقل الى ورثته خلافا للشافعى) يشكل بما سبق من
قوله بعد قول المصنف شراء ما لم يره جائز خلافا للشافعى قلت لا اشكال لان ما ذكرناه هنا بالنسبة
لمذهب الشافعى فى القديم وما سبق بالنظر لمذهبه فى الجديد قال العينى وعند مالك وأحمد يصح بيعه
بالصفة ويثبت له الخيار اذا لم يكن بهذه الصفة وهو قول الشافعى فى القديم (قوله وان لم يتغير لا خيار له)
هذا اذا كان وقت الرؤية قاصدا لشرائه عالما بانه مرئيه وقت الشراء فلو رآه لا لقصد شرائه ثم شراه قيل له
الخيار لانه لا يتأمل التأمل المفيد وعليه التعويل وكذا لو لم يعلم وقت الشراء انه مرئيه يتخير أيضا لعدم
الرضا تنوير وشرحه (قوله فالقول للبائع مع يمينه) لان الظاهر شاهد له اذ الاصل بقاء ما كان على
ما كان وكذا سبب اللزوم وهو رؤيته السابقة قد ظهر فلا يصدق فى دعواه التغير الا ببينة زيلعى (قوله
فان بعدت المدة) قيل البعيد الشهر فما فوقه والقريب ما دون الشهر كذا فى الجوهرة وقال الكمال الشهر
فى مثل الدابة والمملوك قليل شرنبلالية (قوله بعد عشرين سنة) ليس المراد حصر البعيد بهذا لانه يختلف
باختلاف الاشياء كتغير الاشجار فى سنة والدواب بما دونها لقلة الرعى ونحوه عزمى زاده (قوله وزعم
البائع الى قوله فالقول للمشترى) لان الظاهر شاهد له (قوله فالقول للمشترى مع يمينه) لانه أمر حادث
والمشترى ينكره (قوله فقبضه وباع) هكذا قيد بالقبض فى الجامع الصغير وكان المصنف استغنى عنه
بقوله باع لان ما لم يقبض لا يصح بيعه ولا هبته نهر (قوله أو وهب وسلم) واهمل المصنف تقييد الهبة
بالتسليم لما اشتهر من ان تمامها به وليس البيع والهبة قيدا الان اللبس كذلك ولو عاد الثوب اليه بسبب هو
فسخ محض كان رد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بقضاء أو الرجوع فى الهبة فهو على خيار الرؤية فيما ذكره
السرخسى وعن أبى يوسف انه لا يعود بعد سقوطه وعليه اعتمد القدورى وصححه قاضيخان وحقيقة
المحيط مختلفة فشمس الائمة لحظ البيع والهبة مانعا زال وعلى ما روى عن أبى يوسف لحظه مسقطا والساقط
لا يعود وهذا أوجه لان نفس هذا التصرف يدل على الرضا ويبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها نهر
عن الفتح (قوله لا بخيار رؤية أو شرط) لان الرد قد تعذر فيما أخرجه عن ملكه ولا يمكنه ان يرد الباقى
بخيار الرؤية والشرط سواء كان قبل القبض أو بعده لما فيه من تفريق الصفقة قبل التمام لانهما
يمنعان تمام الصفقة وفى خيار العيب يملك التفريق بعد القبض وفيه وضع المسئلة زيلعى والله اعلم

وعن ابى يوسف انه يقاد الى ذلك الموضع
فاذا صار بحيث لو كان بصيرا رآه يقال
رضيت يسقط خياره وقال الحسن بن
زياد وهو رواية عن أبى حنيفة ان
وكل بصيرا بقبضه فقبضه الوكيل
وهو ينظر اليه يسقط الخيار (ومن
رأى أحد الثوبين فاشتراهما) بصفقة
واحدة (ثم رأى الثوب الآخر له
ردهما) ولا يورث) خيار الرؤية (كخيار
الشرط) حتى اذا مات المشترى قبل
الرؤية بطل خياره ولا ينتقل الى ورثته
خلافا للشافعى (ومن اشترى ما رأى)
أى قبل البيع (فخير ان تغير) عن
الصفة التى رآه (والا) اى وان لم يتغير
(لا) خيار له (وان اختلفا فى التغير)
فقال المشترى قد تغير وقال البائع
لم يتغير (فالقول للبائع) مع يمينه وعلى
المشترى البينة وهذا اذا كانت المدة
قريبة يعلم انه لا يتغير فى مثل تلك
المدة فان بعدت المدة بأن رأى أمة
شابة ثم اشتراها بعد عشرين سنة وزعم
البائع انها لم تتغير فالقول للمشترى
(وللمشترى لو) اختلفا (فى الرؤية)
فقال البائع رأيت قبل البيع وقال
المشترى ما رأيته قبل البيع فالقول
للمشترى مع يمينه (ولو اشترى عدلا)
من الثياب ولم يره فقبضه (وباع منه
ثوبا أو وهب وسلم) ثم اطلع على عيب
فى الباقى فهو بالخيار ان شاء أمسكه
وان شاء (رده بعيب لا بخيار رؤية
أو شرط)

(باب خيار العيب)

وهو نقص خلا عنه أصل الفطرة السليمة وهو نوعان ظاهرى كالعمى والماء فى العين وباطنى كالسعال وانقطاع الحيض شهرين فصاعدا والاباق ونحوها واعلم ان المراد بالعيب عيب كان عند البائع ولم يره المشترى عند البيع ولا عند القبض (من وجد بالمبيع عيبا) ينقص الثمن فهو بالخيار ان شاء أخذه بكل الثمن أورده

قوله الاسير اذا اشترى شيئا ثمة الخ صريحه ان الاسير فاعل الشراء وليس كذلك بل هو مفعوله لان أصل النص فى الولوالجية هكذا رجل اشترى الاسير من أهل الحرب وأعطاهم الزيوف جاز لان شراء الاحرار ليس بشراء يجب عليه المال المسمى الخ انظر رد المحتار قبيل البيع الفاسد اهـ بحراوى

قوله بشرى من التركة أى بثمن من تركة الميت اهـ بحراوى

(باب خيار العيب)

من اضافة الشئ الى سببه نهر والعيب والعيبة والعاب بمعنى واحد يقال عاب المتاع أى صار ذا عيب وعابه زيد يتعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب نوح أفندى (قوله وهو نقص الخ) أى لغة وشرعا ما سيأتى من قول المصنف وما أوجب نقصان الثمن (قوله الفطرة) أى الخلقة وقوله السليمة أى عن الآفات العارضة لها فالحنطة المصابة بهواء منعها تمام بلوغها الادراك حتى صارت رفيعة الحب معيبة كالعفن والبلل والسوس بخلاف ما لو باع حنطة واشار اليها فوجدها المشترى رديئة لم يكن علمها أى الرداءة ليس له خيار الرد بالعيب لان الحنطة تخلق جيدة ورديئة ووسطا شرنبلالية وفيه تأمل حيث كانت الاشارة اليها لا تعرف ما بها من العيب (تتمة) لا يحل كتمان العيب فى مبيع أو ثمن لان الغش حرام الا فى مسئلتين الاولى الاسير اذا اشترى شيئا ثمة ودفع الثمن مغشوشا جاز ان كان حرا لا عبدا كذا فى الدر المختار عن الاشباه ووجدته أيضا بخط شيخنا والسيد الحموى وما وقع فى بعض نسخ النهر من قوله اشترى اسيراه سلما وجرى عليه بعضهم تحريف والتقييد بالاسير للاحتراز عن التاجر اذا دخل دارهم بامان حيث لا يجوز له ذلك لانه بالاستئمان عاهدهم ان لا يغدرهم وقوله ان كان حرا لا عبدا لثبوت الملك لهم فى العبد بالاستيلاء بخلاف الحر اذ لا يملكونه كما سبق فى محله الثانية يجوز اعطاء الزيوف والناقص فى الجبايات أى فيما يؤخذ ظلما (تكميل) ينفرد المشترى بالرد بالعيب قبل القبض وبعد القبض لا ينفرد بل يشترط القضاء أو الرضا وفى الاجارة ينفرد المستأجر بالرد بالعيب قبل القبض وبعده حموى عن الخلاصة (قوله ظاهرى) هو ما يحس بحاسة البصر حموى (قوله عيب كان عند البائع) فلو اقام البائع بينة انه حدث عند المشترى والمشترى بينة انه كان معيبا عند البائع تقبل بينة المشترى لانه يثبت الخيار والقول للبائع لانه ينكر الخيار نهر (قوله ولم يره المشترى الخ) ولم يوجد من المشترى ما يدل على الرضا به بعد العلم بالعيب زيلعى ولم يكن البائع شرط البراءة منه خاصا أو عاما ولم يزل قبل الفسخ كبياض انجلى وحمى زالت نهر (قوله من وجد بالمبيع عيبا) ولو يسيرا در عن الجوهرة بخلاف المهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن عمد فانه يرد بفاحش العيب لا بيسيره واليسير من المهر اذا كان كيليا أو وزنيا يرد به أيضا نهر والمراد بالعيب ما لا يتمكن من ازالته بلا مشقة فخرج احرام الجارية ونجاسة الثوب لتمكنه من تحليلها وغسله وهو مقيد بثوب لا يضره الغسل نهر عن الولوالجية فان نقص به يكون عيبا (قوله ينقص الثمن) بكسر القاف المشددة فعل مضارع من باب التفعيل نوح أفندى (قوله أورده) لان مطلق العقد يقتضى السلامة فكانت السلامة كالمشروطة فى العقد صريحا فعند فواتها يتخير كفوات الوصف المرغوب المشروط فى العقد ولكون السلامة كالمشروطة لا يحل كتمان العيب لقوله عليه السلام من غشنا فليس منا زيلعى ثم اذا اختار الرد وهو مما له حمل ومؤنة فمؤنة الرد على المشترى بحر وفيه ان الموصى له لا يملك الرد بالعيب الا عند عدم الوارث واعلم ان كلام المصنف يفيد انه ليس له امساكه ويرجع بالنقصان لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن الا ان يتعين كما لو كانا حلالين فاحرما أو احدهما ثم وجد به عيبا وفى المحيط وصى أو وكيل أو عبد مأذون شرى شيئا بالف وقيمته ثلاثة آلاف ليس له الرد بالعيب بخلاف خيار الشرط والرؤية أشباه للاضرار بيتيم وموكل ومولى وفى النهر وينبغى الرجوع بالنقصان كوارث شرى من التركة كفنا ووجد به عيبا ولو تبرع بالكفن أجنبى لا يرجع وهذه احدى ست مسائل لا رجوع فيها بالنقصان در عن البزازية وقوله كما لو كانا حلالين فاحرما الخ يعنى وكان المبيع صيدا واعلم انه يتصور الرد بالعيب مع عدم الرجوع بالثمن على البائع كما لو باع عبدا وسلمه ثم وكل وكيلا بقبض الثمن فأقر الوكيل بقبضه وهلاكه وجحد الموكل البائع برئ المشترى ولا ضمان

وما أوجب نقصان الثمن عند التجار عيب (كالاباق) مطلقا سواء كان الفرار من المولى أو ممن فى يده باجارة أو اعارة أو وديعة وان كان فيما دون السفر اما اذا غصبه رجل فأبق منه الى منزل مولاه فليس بعيب (والبول فى الفراش والسرقة) فى الصغر اذا بلغ قدر الدرهم اما اذا سرق المأكول للاكل فليس بعيب فلو سرق للبيع فهو عيب مطلقا سواء سرق من المولى أو غيره وهذا عيب فى الصغير ما لم يبلغ فاما اذا بلغ فليس ذلك الماضى بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ فى يد البائع ثم يبيعه فيعاوده فى يد المشترى ومعنى هذا انه اذا ظهرت هذه العيوب عند البائع فى صغره ثم حدثت عند المشترى فى صغره فهو عيب واذا وجدت هذه الاشياء فى صغره فباعه فوجدت عند المشترى بعد البلوغ لم يرده وان وجدت هذه الاشياء بعد البلوغ عند البائع ثم وجدت عند المشترى يرده والمراد من الصغير المذكور من يعقل ذكرا كان أو أنثى وهو الذى يأكل وحده ويشرب وحده واما الذى لا يعقل فهو ضال لا آبق

على الوكيل فان وجد المشترى به عيبا رده ولا يرجع بالثمن على البائع لاقرار الوكيل ولا على الوكيل لانه أمين وليس بعاقد نهر عن القنية وقوله ولا ضمان على الوكيل أى لموكله الذى هو البائع واما ان استحقه مستحق كان ضامنا للمستحق ولا رجوع للوكيل على موكله بما ضمن ان ادعى قبضه ودفعه اليه والموكل يكذبه شيخنا (قوله ما أوجب نقصان الثمن الخ) وان لم تنقص العين ولا المنفعة كالظفر الاسود الصحيح القوى على العمل وكما فى جارية تركية لا تعرف لسان الترك نهر عن الفتح (قوله عند التجار) بضم التاء مع التشديد وبكسرها مع التخفيف جمع تاجر زاد فى الفتح أو ارباب الصنائع ان كان المبيع من المصنوعات نهر ولا بد وان يكون عيبا عند الكل فلو قال بعضهم ليس بعيب لم يكن له الرد شرنبلالية عن التتارخانية وفى قوله ولا بد وان يكون عيبا عند الكل تأمل مع ما سيأتى عن الزيلعى من انه يكتفى بعدلين منهم بل سيأتى التصريح بان الواحد يكفى ويجاب بانه ليس المراد من كونه عيبا عند الكل تصريح الجميع بانه عيب بل المراد عدم الاختلاف فقط سواء أخبر الجميع بانه عيب أو البعض فقط على ان الاستخبار من الجميع متعذر (قوله كالاباق) الآبق الهارب من غير ظلم السيد فان كان من ظلمه سمى هاربا فعلى هذا الاباق عيب والهرب ليس بعيب نهر فافى العينى حيث فسر الاباق بالهروب فيه نظر الا ان يحمل على التجوز (قوله مطلقا الا اذا أبق من المشترى الى البائع ولم يختف عنده فانه ليس بعيب واختلف فى الثور والاحسن انه عيب وليس للمشترى مطالبة البائع بالثمن قبل عوده من الاباق در وقوله الا اذا أبق من المشترى الخ يعنى وكانا فى قرية واحدة بدليل ما فى النهر من انه لو أبق من قرية المشترى الى قرية البائع يكون عيبا (قوله فيما دون السفر) قال فى الذخيرة الاباق فيما دون السفر عيب بلا خلاف وهل يشترط الخروج من البلد فيه خلاف جوهرة والاشبه ان يقال ان كانت البلد كبيرة كالقاهرة يكون عيبا وان كانت صغيرة بحيث لا يخفى عليه أهلها وبيوتها لا يكون عيبا شرنبلالية عن الزيلعى (قوله الى منزل مولاه) أو الى غيره ان لم يعرف منزله أو لم يقو على الرجوع اليه زيلعى (قوله والبول فى الفراش) فلو وجده يبول ثم تعيب حتى رجع بالنقصان ثم بلغ هل للبائع ان يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ ينبغى ان يسترد استدلالا بمسئلتين احداهما اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له ردها ولو تعيبت بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع ثم أبانها الزوج كان للبائع ان يسترد النقصان الثانية اشترى عبدا فوجده مريضا له الرد فاذا تعيب بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع ثم برأ بالمداواة لا يسترد والاسترداد والبلوغ هنا لا بالمداواة بحر عن المعراج واعلم ان رد الامة اذا وجدها ذات زوج يبتنى على ما هو المختار من عدم انفساخ النكاح ببيعها (قوله والسرقة) فلو سرق عند المشترى أيضا فقطع رجع بربع الثمن لقطعه بالسرقتين جميعا ولو رضى البائع بأخذه يرجع بثلاثة أرباع ثمنه در عن العينى وشرط رضا البائع بأخذه لان قطعه فى يد المشترى بسرقته عند البائع مانع من رده ولا فرق فى السرقة بين الصغرى والكبرى أوجبت قطعا أولا كالطرار والنباش واسباب السرقة كالسرقة كما لو نقب البيت (قوله فى الصغر) الاولى حذفه لايهامه ما ليس مرادا ولانه يستغنى عنه بما سيأتى من قوله وهذا عيب فى الصغير ما لم يبلغ (قوله اذا بلغ قدر الدرهم) المذهب انه يرد بسرقة ما دون الدرهم بحر عن المعراج متعقبا ما فى الزيلعى وغيره كالعينى والدرر من ان سرقة الفلس والفلسين لا تكون عيبا (قوله اما اذا سرق المأكول للاكل) يعنى من المولى فلو من غيره يكون عيبا بناية وبحر ونهر (قوله فليس بعيب) قال فى النهر وينبغى انه لو سرق من المولى زيادة على ما يأكله عرفا ان يكون عيبا (قوله ولو سرق للبيع) أو للادخار أو للاهداء بحر (قوله اذا ظهرت هذه العيوب الخ) حاصله انها فى الصغر لقصور عقل وضعف مثانة عيب وفى الكبر سوء اختيار وداء باطن عيب آخر فعند اتحاد الحالة بأن يثبت اباقه عند بائعه ثم مشتريه كلاهما فى صغره أو كبره له الرد لاتحاد الحالة وعند الاختلاف لا لكونه عيبا آخر كعبد حم عند بائعه ثم حم عند مشتريه ان من نوعه له رده والا لا در عن العينى (قوله ثم حدثت

عند المشترى فى صغره) ذكر الزيلعى فى نواقض الوضوء فى شرح قول المصنف والسبب يجمع متفرقه ان العبد المبيع لو مرض فى يد المشترى بالسبب الذى كان فى يد البائع يرده ويجعل الثانى عين الاول انتهى (قوله وهو ابن خمس سنين) راجع لمن يعقل شيخنا ثم رأيت التصريح به فى الدر عن الجوهرة حيث قال بعد قول المصنف وكلها تختلف صغرا أى مع التمييز وقدره بخمس سنين (قوله والجنون) وهو لا يختلف باختلاف السن حتى لو وجد عند البائع فى صغره وعاوده عند المشترى بعد الكبر يرده لانه عين ذلك الاول زيلعى والجنون اختلال القوة التى بها ادراك الكليات تلويح وبه عرف تعريف العقل انه القوة المذكورة ومعدنه القلب وشعاعه فى الدماغ در عن الدرر (قوله فله ان يرده) وان لم يجن عند المشترى لان آثاره لا ترتفع نهر واليه مال شمس الائمة الحلوانى وشيخ الاسلام وهو رواية المنتقى عناية (قوله والجمهور على انه لا يرده ما لم يعاوده عند المشترى) وهو المذكور فى الاصل والجامع الكبير عناية والاصل ان المعاودة عند المشترى بعد الوجود عند البائع شرط للرد الا فى مسائل الاولى زنى الجارية والثانية التولد من الزنى والثالثة ولادة الجارية عند البائع أو غيره فانها عيب ترد به على رواية كتاب المضاربة وهو الصحيح وان لم تلد ثانيا عند المشترى لان الولادة عيب لازم لان الضعف الذى حصل بها لا يزول أبدا وعليه الفتوى وفى رواية كتاب البيوع لا ترد بحر عن الفتح لكن فى الدر عن البزازية الولادة ليست بعيب الا ان توجب نقصانا وعليه الفتوى واعتمده فى النهر واعلم ان ما سبق من ان الولادة عيب وان لم تلد ثانيا ليس المراد ما يوهم الرد بعد ولادتها عند المشترى لامتناعه بتعيبها عنده بالولادة ثانيا مع العيب السابق بها شرنبلالية فيرجع بالنقصان (قوله وهو الصحيح) لان الله تعالى قادر على ازالته باثاره نهر (قوله المطبق) بفتح الباء بحر وما ذكره باكير من انه بالكسر غلط شيخنا عن الدنوشرى (قوله والبخر) بالخاء المعجمة واما البجر بالجيم وهو انتفاخ تحت السرة فعيب فى الغلام والجارية شيخنا عن الشمنى قال وبقى نتن ريح الانف صرح فى البزازية بأنه عيب والظاهر ان يقال فيه ذفر بالمعجمة ونتن ريح الابط بهما نهر وعبارة القاموس تفيد ان البخر أعم من نتن ريح الفم والانف والابط نوح أفندى واعلم ان البخر الذى هو عيب هو الناشئ من تغير المعدة دون ما يكون بقلح فى الاسنان فان ذلك يزول بتنظيفها شرنبلالية عن الكمال قال شيخنا والقلح بالتحريك تباعد ما بين الاسنان (قوله والزنى) قدمنا عدم اشتراط المعاودة فيه واللواطة بالجارية عيب مطلقا وكذا الغلام ان كان مجانا لانه دليل الابنة وان باجر فلا نهر عن القنية قال وفيها اشترى حمارا تعلوه الحمر ان طاوع فعيب والا لا واما التخنث بلين صوت وتكسر مشى فان كثر ردلا ان قل در عن البزازية وعدم الختان عيب فى الجارية والغلام ان كانا كبيرين مولدين اما لو كانا صغيرين أو جليبين فليس بعيب شيخنا عن الاختيار (قوله وولده) أى وكون المبيع ولد الزنى فحذف المضاف والمضاف اليه وبه اندفع كون التعبير بالمتولد كما فى الاصلاح أولى نهر وأقول كون الكلام صحيحا دون تقدير شئ فضلا عن تقدير مضاف ومضاف اليه أولى مما يحتاج الى ذلك اذ الاصل عدم الحذف والتقدير حموى (قوله فى الامة) لانه قد يراد منها الاستفراش وهذه المعانى تمنع منه بخلاف الغلام لانه للاستخدام نهر قلت اذا كانت متولدة من الزنى لا يظهر اخلال بهذا المقصود وحينئذ فما وجه كونه عيبا حموى وأقول وجه كونه عيبا ان المقصود الاصلى منها الاستيلاد والولد يعير بالام التى هى ولد الزنى عزمى زاده عن معراج الدراية (قوله ليسا بعيب فى الغلام) ولو أمرد فى الاصح در عن الخلاصة وفيه مخالفة لما فى حاشية الدر لنوح افندى ونصه وجعل صاحب الخلاصة البخر فى الغلام الامرد عيبا ومثله فى حاشية الوانى (تتمة) المسلم الفاسق اذا اشترى الامرد وكان من عادته اتباع المرد يجبر على بيعه دفعا للفساد شيخ شاهين عن المحيط (قوله الا ان يكونا فاحشين) بحيث يمنع القرب من المولى (قوله الا ان يكون عادة له) بأن تكرر منه أكثر من مرتين زيلعى (قوله بفتحتين) أى على الباء والخاء المعجمة من حد تعب وقوله وبالسكون النتن فى البرهان يقال شممت دفر الشئ بسكون الفاء

وفتحها

(والجنون) يعنى اذا جن عند ... وهو ابن خمس ... كذا فى الذخيرة أثم ثم جن فى يد المشترى فهو عيب وقيل اذا اشترى عبدا قد جن عند البائع فله ان يرده وان لم يجن عند المشترى والجمهور على انه لا يرده ما لم يعاوده عند المشترى وهو الصحيح ثم تكلم المشايخ فى قدره قال بعضهم ان كان أكثر من يوم وليلة فهو عيب وقال بعضهم أوله ساعة وقال بعضهم المطبق عيب وغيره ليس بعيب وخير الامور أوساطها كذا فى الذخيرة (والبخر والذفر والزنى وولده فى الامة) متعلق بالاربعة المذكورة والبخر والدفر ليسا بعيب فى الغلام الا ان يكونا فاحشين والزنى ليس بعيب فى الغلام الا ان يكون عادة له وقال الشافعى الزنى عيب مطلقا والبخر بفتحتين نتن رائحة الفم والدفر بالدال المهملة مصدر دفر اذا خبثت رائحته وبالسكون النتن اسم منه واما الذفر بالذال المعجمة فبالتحريك لا غير وهو حدة الرائحة اياما كانت ومنه مسك اذفر وابط ذفراء ورجل ذفر به ذفر أى صنان وهو رائحة مكروهة فى الابط

وفتحها والدال المهملة نتن ريح الابط كذا فى الشرنبلالية وفيه مخالفة لما سبق من انه فى ريح الابط يقال بهما أى بالمهملة والمعجمة (قوله وهو مراد الفقهاء) فيه نظر اذ لا يشترط فى كونه عيبا شدته فالاولى كونه بالمهملة نهر (قوله والكفر بأقسامه) وكذا الرفض والاعتزال در عن البحر بحثا والتعليل بأن طبع المسلم ينفر عن صحبة الكافر يقتضى ان المشترى لو كان ذميا لا يرده والمنقول فى السراج انه عيب ولو كان ذميا ولم أره فى كلام غيره كيف ولا نفع للذمى بالمسلم لانه يجبر على اخراجه عن ملكه نهر ومعنى قوله كيف الخ استبعاد كون الكفر عيبا بالنسبة الى الذمى دون الاسلام مع كونه لا ينتفع بالمسلم يعنى فان كان الكفر عيبا فليكن الاسلام كذلك بالنسبة للذمى بالطريق الاولى حموى وأقول عدم تمكينه من ابقاء المسلم فى ملكه لا يقتضى جعل الاسلام عيبا بالنسبة له حتى اذا اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يملك رده كما سيأتى التصريح به وان كان يجبر على بيعه وحينئذ فلا وجه للاستبعاد قال فى البحر ولم أر ما لو وجده خارجا عن مذهب أهل السنة كالمعتزلى والرافضى وينبغى ان يكون كالكافر لان السنى ينفر عن صحبته وربما قتله الرافضى وتعقبه فى النهر بأن الرافضى الذى يسب الشيخين داخل فى الكافر وأجاب الحموى بأنه لم يرد بالرافضى الذى يسب الشيخين بقرينة قوله خارجا عن مذهب أهل السنة فان الذى يسب الشيخين يقال فيه كافر لا خارج عن مذهب أهل السنة بل أراد به الرافضى الذى يحب عليا ويفضله على غيره ويؤيده قرانه بالمعتزلى وحينئذ فبحث صاحب البحر متجه انتهى وأقول الظاهر من كلام صاحب البحر انه أراد الرافضى بسب الشيخين بقرينة قوله وربما قتله الرافضى لان الرافضة يستحلون قتلنا (قوله ليس له ان يرده) لانه زوال العيب زيلعى وفى الشرنبلالية عن خط المقدسى معزيا للشرح المجمع والسراج ما نصه اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده ولو كان المشترى كافرا انتهى فان قلت كيف لا يرده مع انه لا يمكن من ابقائه فى ملكه قلت انما لا يملك رده لئلا يتضرر البائع برده عليه لانه لا موجب للرد لعدم العيب فلا ينافى انه يجبر على بيعه صونا للمسلم عن ذل الكافر (قوله وعدم الحيض) لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ولهذا لا تسمع دعواه انقطاعه الا اذا ذكر سببه من داء أو حبل لانه اذا كان السبب غير الداء والحبل لا يكون عيبا بان كانت ممتدة الطهر زيلعى لكن ذكر فى النهر عن المحيط ان اشتراط ذكر السبب رواية النوادر ولو ادعاه فى مدة قصيرة لم تسمع وأقلها ثلاثة أشهر عند أبى يوسف وأربعة اشهر وعشرة عند محمد زيلعى ويخالفه ما فى النهر عن الفتح معزيا للقاضى الامام حيث قال وادناه شهر فاذا ارتفع عند المشترى كان له الرد اذا ثبت انه كان عند البائع انتهى وابتداؤها من وقت الشراء والمرجع فى الحبل قول النساء وفى الداء قول الاطباء اى عدلين منهم كذا فى الزيلعى لكن نقل العينى عن النسفى فى شرح الجامع الكبير ان العيب يثبت بقول عدل منهم فيما لا يطلع عليه الا الاطباء وفيما لا يطلع عليه الا النساء يثبت بقول واحدة عدلة انتهى (قوله فى البالغة) اى التى بلغت اقصى ما ينتهى اليه ابتداء الحيض كما سيأتى قريبا حموى والحاصل ان عدم الحيض لا يكون عيبا عند عدم الامكان لكونها صغيرة او آيسة اذا كان عالما بإياسها اما اذا اشتراها على انها تحيض فاذا هى آيسة له الرد (قوله وانما يعرف هذا بقول الامة) اسم الاشارة عائد الى انقطاع الحيض لان الاستحاضة دور والدم يقف عليه الرجال فلا يقبل فيه قولها شيخنا والحاصل انه بقول الامة تتوجه الخصومة الى البائع فاذا عين المشترى الحبل رجع الى قول النساء أو الداء رجع الى قول الاطباء (تتمة) اشترى جارية على انها حامل فاذا هى ليست بحامل لزم البيع فى الصحيح لان شرط الحبل بمنزلة شرط البراءة عن العيب لان الحبل فى الجوارى عيب حتى لو كان فى بلد يرغبون فى شراء الجوارى لاجل الاولاد يكون فاسدا كذا فى الخانية وكأنه يحترز بالصحيح عما ذكره قبل من التفصيل حيث قال ان كان الشرط من قبل البائع لزم البيع لانه يكون بمنزلة البراءة عن العيب وان كان من قبل المشترى فسد لان قصده الزيادة وانها موهومة فيفسد البيع كما لو شرط الحبل فى البهائم (قوله ثم يستحلف البائع) أى على انقطاع الحيض

وهو مراد الفقهاء فى قولهم والبخر والذفر عيب كذا فى المغرب (والكفر) مطلقا أى فى الغلام والجارية ولو اشترى عبدا على انه كافر فوجده مسلما ليس له ان يرده خلافا للشافعى (وعدم الحيض) فى البالغة (والاستحاضة) بالجر على انه عطف على الاباق ويعتبر فى ذلك أقصى ما ينتهى اليه ابتداء الحيض وذا بسبع عشرة سنة لان ذا أقصى غاية بلوغهن عند ابى حنيفة وانما يعرف هذا بقول الامة ثم يستحلف البائع مع هذا ان كان بعد القبض وترد بنكوله وان كان قبل القبض فكذلك فى الصحيح

وارتفاعه انه لم يكن عنده شيخنا وجملة الامر فيه انه اذا ادّعى انقطاعه سأل القاضى البائع فان أقر بما ادّعاه ردت عليه وان أنكر قيام العيب للحال وهو الانقطاع لا يحلف عند الامام وان أقر بقيامه فى الحال وأنكر انه كان عنده يحلف فان حلف برئ وان نكل ردت عليه وان أقام المشترى البينة على ان الانقطاع كان عند البائع لا تقبل لانهم لا يعرفون انقطاعه بخلاف الاستحاضة لان درور الدم يطلع عليه عينى وفى البدائع الاستحاضة مما لا يطلع عليه الا الجارية المشتراة كالانقطاع شرنبلالية عن المقدسى (قوله وعن محمد الخ) مثله فى الشمنى والذى فى الزيلعى والعينى وعن أبى يوسف الخ (قوله بلا يمين البائع قبله) لضعف البيع قبل القبض حتى ملك المشترى الرد بلا قضاء ولا رضا فصح الفسخ للعقد الضعيف بحجة ضعيفة زيلعى (قوله لا يقبل قول الامة فى ذلك) أى فى عدم الحيض وحينئذ فطريق اثبات عدم الحيض اقرار البائع أو نكوله عن اليمين حموى عن العمادية وله رد المبيعة بعيب الحبل لان الحمل ظاهر واحتمال الريح شبهة والرد بالعيب يثبت مع الشبهة زيلعى قبيل العنين (قوله والسعال القديم) الظاهر ان المراد من كونه قديما ما كان عن داء فالمنظور اليه كونه عن داء لا القدم بحر (قوله والدين) لان ماليته تكون مشغولة به ولتقدم الغرماء على المولى زيلعى وهذا التعليل يقتضى تقييد الدين بما اذا كان الثمن لا يفى به فان كان لم يكن عيبا حينئذ (قوله فى الحال) أراد ما قبل العتق كدين النفقة اذا تزوج باذن السيد ولا يباع مرة بعد أخرى الا فى دين النفقة فقط (قوله لا دين مؤجل الى ما بعد العتق) كدين لزمه بالمبايعة بغير اذن قال فى الفتح و بعد العتق قد يضره فى نقصان ولائه وميراثه نهر وقوله فى نقصان ولائه بالنسبة لما اذا كان الوارث له عصبة المعتق وقوله وميراثه بالنسبة لما اذا كان الوارث هو المولى ووجه نقصان الولاء والارث ان الغرماء يقدمون على المولى وعصبته (قوله والصهوبة الخ) يعنى فى التركية والهندية لا فى الرومية والصقالبة لان عامة أهل الروم تكون كذلك حموى عن الخانية (قوله فلو حدث عيب آخر) بفعله أو بفعل أجنبى أو بآفة سماوية نهر عن جامع الفصولين ولو بفعل البائع بعد القبض رجع بحصته فى الثمن ووجب الارش وأما قبله فله أخذه أو رده بكل الثمن در (قوله كان عند البائع) فلو اقام بينة انه حدث عند المشترى والمشترى بينة انه كان معيبا عند البائع تقبل بينة المشترى لانه يثبت الخيار والقول للبائع لانه ينكر الخيار نهر عن قاضيخان (قوله رجع بنقصانه) لانه استحق تسليمه سليما عن العيب فيصير البائع مانعا تسليم وصف السلامة حكما وبعد الرجوع لو زال الحادث كان له رد المعيب مع النقصان وقيل لا وقيل ان كان بدل النقصان قائما رد والا لا قنية قال فى النهر والاوّل بالقواعد أليق ويستثنى من الرجوع مسائل منها لو باعه تولية والمسئلة بحالها فلا رجوع ولا رد لانه لو رجع صار الثمن الثانى انقص من الاول وقضية التولية ان يكون كالاوّل ومنها ما لو اشترى المكاتب اباه أو ابنه ثم اطلع على عيب لا يرده لانه تكاتب عليه ولا يرجع بالنقصان لانه خلف عن الرد (قوله أو ردّه) أى فيما يملك البائع اسقاط حقه منه وتملكه واما اذا امتنع لحق الشرع كان كان المبيع عصيرا فتخمر عند المشترى ثم اطلع على عيب فأراد المالك أخذه لا يمكن منه لما فيه من تمليك الخمر وتملكها شرنبلالية عن الفتح (قوله برضى بائعه) فاذا رضى البائع يخير المشترى حينئذ بين الرد والامساك من غير رجوع بنقصان وانما يرجع بالنقصان حيث لم يرض البائع بالرد وانما اشترط رضاه لرده عليه معيبا بالعيب الحادث لان فى الرد اضرارا بالبائع لكونه خرج عن ملكه سالما عن الحادث عند المشترى (قوله ان يقوم الخ) ولا بد ان يكون المقوم اثنين يخبران بلفظ الشهادة بحضرة البائع والمشترى وهو الاصل فى كل حرفة نهر عن البزازية وفى المثليات اكتفوا بتقويم الواحد فلينظر وجه الفرق بحر (قوله وبه عيب) يعنى العيب القديم خاصة كانه ليس به غيره شرنبلالية (قوله ولا عيب به) أى يقوم سالما عن كل عيب شرنبلالية (قوله ومن اشترى ثوبا الخ) تبع المصنف القدورى فى افراد هذه المسئلة وكان حذفها أليق لانها من افراد ما مر أعنى ما لو حدث به عيب آخر عند المشترى الا انه جعلها

وعن محمد ترد بلا يمين البائع قبله قالوا فى ظاهر الرواية لا يقبل قول الامة فى ذلك (والسعال القديم والدين) أى الدين الذى له مطالب فى الحال لا دين مؤجل فانه ليس بعيب كذا فى الذخيرة (والشعر والماء فى العين) والصهوبة وهى حمرة فى الشعر عيب اذا فحشت بحيث تضرب الى البياض وكذا الشمط فى الصغير وهو اختلاط البياض بالسواد فى الشعر (ولو حدث عيب (آخر عند المشترى) واطلع على عيب كان عند البائع (رجع) المشترى (بنقصانه أو ردّه) أى المبيع (برضا بائعه) وقال مالك برده ويرد معه نقصان العيب الحادث فى يده وطريق معرفته ان يقوم وبه عيب ويقوم ولا عيب به فان كان تفاوت ما بين القيمتين العشر رجع بعشر الثمن وان كان نصف العشر رجع بنصف عشر الثمن وهكذا (ومن اشترى ثوبا فقطعه)

توطئة

توطئة لقوله فلو قطعه نهر أى توطئة لما سيأتى فى المتن من قوله فلو قطعه وخاطه وجرى على ذلك بعضهم وفيه ان خياطته غير مانعة من الرجوع بالنقصان كما سيأتى عن الدر ولهذا ذكر العلامة الحموى ان الصواب جعلها توطئة لقوله وان باعه الخ (قوله ولم يخطه) تقييده بعدم الخياطة لا بالنظر للرجوع بالنقصان لان الخياطة لا تمنعه بل بالنظر لقول المصنف فان قبله البائع كذلك الخ حيث لا يكون له ذلك بعد الخياطة لحصول الربا حتى لو تراضيا على الرد لا يقضى القاضى به در عن الدرر وابن الكمال ولو علل بأن فيه شبهة الربا لكان أولى لان حرمة الربا بالقدر والجنس وهما مفقودان هنا نوح أفندى وفى هذا المقام كلام يعلم بمراجعة عزمى زاده (قوله فوجد به عيبا) كان عند البائع كما أفهمه التعبير بوجد نهر (قوله رجع بالعيب) بخلاف ما لو نحرها المشترى فوجد امعاءها فاسدة حيث لا يرجع بالنقصان عند الامام لان النحر افساد للمالية لصيرورة المبيع به عرضة للنتن والفساد ولهذا لا يقطع السارق به فاختل معنى قيام المبيع نهر فصار كما اذا كان عبدا أو طعاما فقتله أو أكله زيلعى ولو قبل علمه بالعيب كما سيجئ شيخنا (قوله له ذلك) أى القبول لان الامتناع لحقه وقد أسقطه ولا رجوع بنقصان العيب حينئذ وكانه فى النهر ترك التنبيه على ذلك اكتفاء بما سبق والوطء كالقطع بكرا كانت أو ثيبا الا اذا كان لا اختبار بكارتها من غير فعل بعده فان له الرد اذا وجدها ثيبا واللمس بشهوة كالوطء وقوله فى النهر من غير فعل بعده يعنى ولم يلبث كما سبق (قوله فان باعه المشترى) أى أخرجه عن ملكه والبيع مثال فعم ما لو وهبه أو أقر به لغيره وكذا لو باع بعضه بخلاف ما لو آجره أو رهنه نهر عن المحيط (قوله لم يرجع بشئ) لانه صار حابسا له بالبيع اذ الرد غير ممتنع بالقطع برضى البائع فكان مفوتا للرد بخلاف ما اذا خاطه ثم باعه حيث لا يبطل الرجوع بالنقصان لانه لم يصر حابسا له بالبيع لامتناع الرد قبله بالخياطة من غير علم بالعيب و بيعه بعد امتناع الرد لا تأثير له عينى والحاصل ان المشترى متى أخرج المبيع عن ملكه كان مفوتا للرد بفعله فلا يرجع بالنقصان الا اذا كان الرد برضا البائع ممتنعا قبله حقا للشرع فيرجع لعدم التفويت ولهذا قلنا اذا اشترى ثوبا وقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم وجد به عيبا لا يرجع بالنقصان لانه صار مملكا له بالقطع قبل الخياطة فى وقت لا يمتنع الرد ولو كان الولد كبيرا رجع بالعيب لانه لم يصر مملكا له بالقطع قبل الخياطة الا بقبضه اذ لا ولاية له عليه فحصلت الخياطة من غير علم بالعيب فى ملك الاب فامتنع الرد به ثم حصل التمليك بعد ذلك بالتسليم فلا يمتنع الرجوع بالنقصان زيلعى وقوله لانه صار مملكا له بالقطع أى صار واهبا له وقابضا لاجله فتمت الهبة بنفس الايجاب وقامت يده مقام يد الصغير عناية (قوله سواء كان عالما الخ) وسواء كان البيع لضرورة أو لا حتى لو وجد السمكة المبيعة معيبة وغاب البائع بحيث لو انتظره تفسد فباعها لم يرجع بشئ على قول أبى حنيفة بحر عن القنية (قوله وهو ظاهر الرواية) تقدم وجهه (قوله وعنهما انه يرجع به) يعنى اذا لم يكن له علم بالعيب وقت البيع (قوله او صبغه أحمر الخ) فان صبغه اسود فكذلك عندهما لانه زيادة وعند ابى حنيفة نقصان فيكون للبائع اخذه نهر (قوله اولت) اللت البل وبابه قتل نهر عن المصباح (قوله رجع بنقصانه) لامتناع الرد بالزيادة اذ الفسخ اما ان يرد على الاصل وحده او معها لا سبيل الى الاول لعدم انفكاكها عنه ولا الى الثانى لان العقد لم يرد عليها فكذا الفسخ ولو اخذه لكان ربا فتعين الرجوع بالنقصان نهر (قوله كما لو باعه الخ) لامتناع الرد قبله فلم يصر حابسا للمبيع نهر (قوله كالسمن والجمال) وانجلاء بياض العين (قوله وهى لا تمنع الرد بالعيب) فى ظاهر الرواية ويصير بالبيع بعدها حابسا له زيلعى (قوله تمنع الرد بالعيب) ويرجع بالنقصان لو باعه بعد ذلك لامتناع الرد قبله لحق الشرع فلا يعتبر رضاهما شرنبلالية عن الفتح (قوله وهى تمنع الرد) لتعذر الفسخ عليها ويخير المشترى قبل القبض بين ردهما جميعا والرضا بهما بكل الثمن واما بعد القبض فيرد المعيب خاصة بحصته من الثمن بأن يقسم الثمن على قيمته وقت العقد وعلى قيمة الزيادة وقت القبض فاذا كانت قيمته الفا وقيمة الزيادة مائة والثمن الف سقط عشر الثمن ان رده واخذ

ولم يخطه (فوجد به عيبا رجع) المشترى (بالعيب) أى بنقصان العيب (فان قبله البائع كذلك) أى مقطوعا (له ذلك فان باعه المشترى لم يرجع بشئ) مطلقا سواء كان عالما بالعيب وقت البيع أو لا وهو ظاهر الرواية وعنهما انه يرجع به (فلو قطعه وخاطه) أو صبغه (أحمر أو أصفر أو) اشترى (سويقا و) لت السويق (بسمن) أى نحوهما مما يزيد قيمة الثوب (أو) اشترى خاطه (فاطلع على عيب) كان عند البائع في الثوب أو السويق ولم يكن عالما وقت الصبغ واللت (رجع) المشترى (بنقصانه كما لو باعه بعد رؤية العيب) أى لو باع المشترى الثوب المخيط أو الثوب المصبوغ أو السويق الملتوت رجع بنقصانه فكذا هنا اعلم ان الزيادة نوعان متصلة ومنفصلة والمتصلة نوعان متولدة كالسمن والجمال وهى لا تمنع الرد لان الزيادة تبع محض باعتبار التولد ومتصلة

تسعمائة كذا فى الفتح و جزم فى البحر بأنه سهو ولانه اذا كان قبل القبض له ردهما و بعده له رد المبيع خاصة فانى تمنع الرد واجاب عنه فى النهر فليراجع واعلم ان ماذكره فى النهر من الجواب نقله الحموى برمته وأمر بمراجعة الرمز (قوله وغير متولدة كالكسب) والكسب طيب للمشترى لانه متولد من المنافع فليس بمبيع بحال ما ولا يلزم من حصوله للمشترى مجانا أن يكون ربا لانه ليس بجزء للمبيع فلا يملكه بالثمن بل بالضمان و بمثله يطيب الربح زيلعى فظهر الفرق بين الكسب والولد لتولده من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز ان يسلم له مجانا لما فيه من الربا (قوله اومات العبد) لان انتهاء الملك به وامتناع رده على البائع حكمى لا بفعل المشترى فلا يمنع الرجوع بالنقصان قال فى النهر ولا فرق بين ان يكون بعد رؤية العيب اوقبله (قوله ثم اطلع على العيب) فلواعتقه بعد العلم بالعيب لم يرجع لان اقدامه على العتق بعد العلم به امارة الرضا زيلعى فما فى العينى بعد قول المصنف اواعتقه من قوله بعد اطلاعه على العيب صوابه قبل اطلاعه بدليل قوله بعد والمراد من الاعتاق ان يوجد منه قبل العلم بالعيب (قوله والقياس فى الاعتاق انه لا يرجع بالنقصان) وان كان قبل العلم بالعيب لامتناع الرد بفعله فصار كقتله بجامع الاشتراك فى افساد المالية وجه الاستحسان ان الاعتاق انهاء للملك كالموت (قوله لم يرجع بشئ) لانه حبس بدله وليس المراد به قبضه اذمن صوره مالوقال ان أديت الى الفا فانت حر نهر (قوله وعن ابى يوسف انه فى الاول يرجع) اى فى الاعتاق على مال لان العوض والمعوض ملكه فكان كالاعتاق بلا عوض شيخنا قيل الصواب ابدال الاول بالثانى واقول لا وجه لهذا التصويب سوى لزوم التكرار مع ماسبق منه بعد قول المتن فان اعتقه على مال حيث قال وعن أبى حنيفة وهو قول ابى يوسف انه يرجع بنقصان العيب ومثله لا يعد خطأ يحتاج الى التصويب نعم على الشارح مؤاخذة من وجه آخر حيث جعل الرجوع بالنقصان فى مسئلة العتق على مال قول ابى يوسف ثم حكاه عنه بلفظ عن ثم اعلم ان وجه الرجوع بالنقصان بعد القتل اذا اطلع على العيب بعده هو انه لم يتعلق به حكم دنيوى فكان كالموت و جه الظاهر ان القتل لا يكون الا مضمونا وانما سقط عن المولى بسبب الملك فصار كالمستفيد به عوضا هو سلامة نفسه عن القتل ان كان عمدا والدية ان كان خطأ فكأنه باعه حتى لو كان مديونا ضمنه نهر عن الكافى (قوله وعند ابى يوسف ومحمد الخ) لهما انه فعل ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فاشبه الاعتاق وله انه تعذر الرد بفعل مضمون منه فى المبيع فاشبه البيع و فى الخلاصة الفتوى على قولهما وبه أخذ الطحاوى نهر (قوله واما اذا أكل بعضه ثم علم بالعيب الخ) اشار بثم الى ان الاكل لو كان بعد العلم بالعيب لم يرجع بالاتفاق ومنه يعلم ما وقع للعينى من قوله اوكان طعاما فاكله بعد اطلاعه الخ لما علمت من ان الاكل بعد الاطلاع على العيب لا رجوع فيه بالاتفاق فقوله بعد اطلاعه صوابه قبل اطلاعه (قوله فعند ابى حنيفة لا يرد ما بقى ولا يرجع الخ) لانه كشئ واحد فلا يرد بعضه دون بعض زيلعى (قوله يرجع بنقصان العيب فى الكل الخ) لان الطعام كشئ واحد يتعيب بالتبعيض زيلعى ولو كان فى وعائين فله رد الباقى بحصته من الثمن اتفاقا در عن ابن كمال وابن ملك (قوله ويرجع بنقصان ما اكل) لانه اذا كان اكل الكل غير مانع من الرجوع بالنقصان فبالاولى اكل بعضه (قوله وعنهما ايضا انه يرد ما بقى) ويرجع بنقصان ما أكل وعليه الفتوى بحر ونهر وتنوير فان قلت ظاهر كلام الشارح عدم اشتراط رضا البائع لرد الباقى عليه عند أبى يوسف ومحمد على هذه الرواية فيخالف كلام العينى حيث فرق بينهما وجعل رد الباقى مشروطا برضاه عند أبى يوسف وعند محمد يرد مطلقا قلت لا تخالف اذ ما ذكره العينى من ان أبا يوسف قال برد ما بقى ان رضى البائع يتجه على ما حكاه الشارح عنهما أولا اذ معنى قوله وعنهما انه يرجع بنقصان العيب فى الكل ولا يرد الباقى أى جبرا فلا ينافى جواز رده عند رضاه وقوله وقال محمد يرد الباقى مطلقا يتجه على ما حكاه الشارح عنهما ثانيا حيث قال وعنهما أيضا الخ والحاصل ان عزو اشتراط الرضا لرد الباقى لابى يوسف بالنسبة للرواية الاولى فى كلام الشارح وعزو

غير متولدة كالصبغ والخياطة واللت وهى تمنع الرد بالعيب اتفاقا والمنفصلة نوعان متولدة كالولد والثمر وهى تمنع الرد وغير متولدة كالكسب وهى لا تمنع الرد بالعيب (أومات العبد) عطف على باع أى كالومات العبد (أو أعتقه) بلا مال ثم اطلع على العيب رجع بنقصان العيب والقياس فى الاعتاق ان لا يرجع بالنقصان وهو قول الشافعى وفى بعض شروح الهداية وهو قول زفر والتدبير والاستيلاد كالاعتاق (فان أعتقه على مال) أو كاتبه ثم اطلع على عيب لم يرجع بشئ وعن أبى حنيفة وهو قول أبى يوسف انه يرجع بنقصان العيب (أو قتله) أو باعه (أو كان المشترى (طعاما فأكله) كله (أو بعضه) أو باع كله أو بعضه (لم يرجع بشئ) متعلق بالجميع وعن أبى يوسف انه فى الاولى يرجع وعند أبى يوسف ومحمد يرجع فيما اذا أكله كله خلافا له واما اذا أكل بعضه ثم علم بالعيب فعند أبى حنيفة لا يرد ما بقى ولا يرجع بنقصان ما أكل وما بقى وعنهما انه يرجع بنقصان العيب فى الكل ولا يرد الباقى وعنهما أيضا انه يرد ما بقى ويرجع بنقصان ما أكل وفى بيع البعض عنهما روايتان فى احدى الروايتين لا يرجع بشئ كما هو مذهب أبى حنيفة وفى الاخرى يرد ما بقى ويرجع بنقصان عيب ما باع كما قال زفر (ولو اشترى بيضا أو قثاء أو جوزا)

رد الباقى مطلقا لمحمد بالنسبة للرواية الثانية فلا منافاة (قوله وفى بيع البعض عنهما روايتان الخ) عبارة الخانية وفى بيع بعضه لا يرجع بنقصان ويرد الباقى بحصته فى رواية عن محمد وبه أخذ الفقيه ابو جعفر الهندوانى وأبو الليث وعليه الفتوى (قوله قثدا) ينظر هو بالمثلثة أو المثناة حموى قال شيخنا بالمثلثة اورده الجوهرى فى فصل القاف مع الثاء بقوله القثد نبت يشبه القثاء وقال قبله القثاء الواحدة قثاة والمقثاة والمقثوة موضع القثاء اه وفى المصباح القثاء فعال وهمزته أصل وكسر القاف أكثر من ضمها وهو اسم جنس لما يقوله الناس الخيار والعجور والفقوس الواحدة قثاة وأرض مقثاة وزان مسبعة ذات قثاء وبعض الناس يطلق القثاء على نوع يشبه الخيار اه (قوله أو بطيخا) بكسر الباء وفتحها غلط اذ لا يقال فعيل بالفتح (قوله فاسدا) جعله فى النهر حالا وفيه ان وجد يتعدى لمفعولين فالداعى الى جعل فاسدا حالا حموى (قوله فان كان ينتفع به مع فساده) لا خفاء ان بعض الفقراء يأكل البيض الفاسد فاندفع قول العينى هذا لا يتصور فى البيض لان قشره لا قيمة له نهر (قوله ولا يرده) لان الكسر عيب حادث عينى (قوله مطلقا) الاطلاق فى مقابلة تفصيل الشافعى حموى (قوله وقال الشافعى يرده الخ) لان البائع سلطه عليه قلنا رضى بكسره فى ملك المشترى لا فى ملك نفسه فيجب رعاية حقهما عينى (قوله اذا كسره) كذا بالضمير فى نسخة شيخنا بخطه فيكون قوله مقدارا الخ بدلا من الضمير (قوله ثم هذا اذا علم العيب بعد الكسر) وذاقه فتركه فان تناول منه شيئا بعد ما ذاقه لا يرجع عليه بشئ لانه صار به آكلا للبعض زيلعى (قوله ولو علم قبله فكسر لا يرجع به) لان الكسر بعد العلم بالعيب دلالة الرضا به ومافى الدر من قوله ولو علم بعيبه قبل كسره فله رده معناه علم بعيبه من غير كسر كما فى النهر (قوله بأن وجده غير منتفع به أصلا) بأن كان البيض منتنا والقثاء مرا والجوز خاويا ومافى العينى او مرنحا فيه نظر لانه يأكله الفقراء نهر واقره الحموى واقول ينبغى ان لا يرجع بكل الثمن بل بالنقصان فقط فيما اذا وجد القثاء مرا الان المر هو اللب فقط الاان يقال ان المالية باعتبار اللب فقط (قوله رجع بكل الثمن) لانه ليس بمال فكان البيع باطلا عينى (قوله ويصح العقد فى القشر بحصته) لانه مال متقوم فصار محلا للبيع زيلعى (قوله وقيل يرد القشر ويرجع بكل الثمن) لان ماليته باعتبار اللب فاذا لم ينتفع بلبه فات محل البيع فكان باطلا وان كان لقشره قيمة زيلعى اما بيض النعامة اذا وجده فاسدا بعد الكسر فانه يرجع بنقصان العيب عناية وفتح قال فى النهر وهذا بلا خلاف لان مالية بيض النعام قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه جميعا (قوله يصح البيع استحسانا) لانه لا يخلو عن قليل من الفاسد عينى (قوله لا يصح فى الكل) لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد (قوله ثم المراد بالكثير الخ) هو قول السرخسى (قوله وقيل يفسد البيع فى الكل) لانه جمع بين المال وغيره وذلك مفسد للعقد كالجمع بين الحر والقن شيخنا (قوله بالاجماع) أى اجماع اصحابنا وفيه ان دعوى الاجماع ممنوعة بعد نقل الخلاف حموى (قوله وصح البيع فى الخمسة الصحيحة عندهما الخ) هو الاصح لان الثمن ينقسم على الاجزاء لا على القيمة نهر عن النهاية (قوله فرد عليه بعيب الخ) فلو رد عليه بخيار رؤية أو شرط رده على بائعه ولو بغير قضاء وكذا فى الصرف له الرد على بائعه بعد ما رد عليه مطلقا ولو بغير قضاء نهر (قوله بقضاء) يعنى ولا علم للبائع بالعيب وقت البيع فلو كان يعلمه فرد عليه لا يرده مطلقا وان رد عليه بالقضاء نهر لان اقدامه على البيع بعد العلم به دلالة الرضا واعلم ان قوله بقضاء متعلق بقوله رد بعد ما تعلق به قوله بعيب كذا فى الدر فقوله بعيب متعلق بالرد المطلق وقوله بقضاء متعلق بالرد المقيد وأشار الوانى الى توجيه آخر بأن تحمل الباء من بعيب على السببية ومن بقضاء على الملابسة فاذا لم يكن الحرفان بمعنى واحد اندفع محذور تعلق حرفى جر بمعنى واحد بفعل واحد ولم يوجد فى كلامهم ذلك حتى قالوا ان من فى قولهم أكلت من بستانك من العنب للابتداء فى الاول وللتبعيض فى الثانى لكن ماذكره الوانى من ان من فى الاول للابتداء الخ غير ممنوع من طرف غيره اذ الممنوع كونهما للابتداء فيهما كما فى قوله تعالى كلما

أو قثدا أو بطيخا وكسره (ووجده فاسدا) فان كان (ينتفع به) مع فساده بأن يصلح لاكل بعض الناس او لعلف الدواب (رجع بنقصان العيب) ولا يرده مطلقا وقال الشافعى يرده اذا كسر مقدارا لا بد منه للعلم بالعيب ثم هذا اذا علم العيب بعد الكسر ولو علم قبله فكسر لا يرجع به (والا) أى وان لم يجده فاسدا منتفعا به بأن وجده غير منتفع به أصلا رجع (بكل الثمن) هذا اذا لم يكن لقشره قيمة اما اذا كان لقشره قيمة قيل يرجع بحصة اللب ويصح العقد فى القشر بحصته وقيل يرد القشر ويرجع بكل الثمن ثم هذا اذا وجد الكل فاسدا وان وجد البعض فاسدا وهو قليل صح البيع استحسانا وان كان الفاسد كثيرا لا يصح فى الكل ويرجع بكل الثمن بعد رده ثم المراد من الكثير ما زاد على الثلاثة فى قدر المائة لا الكثير الذى هو زائد على النصف وهو الاصح وقال بعضهم الكثير ما زاد على النصف حتى لو اشترى مائة بيضة فوجد فيها ثلاثة مذرة لا يكون له ان يرجع بشئ اتفاقا واما اذا اشترى عشرة من الجوز فوجد فيها خمسة خاوية قيل يجوز البيع فى الخمسة الصحيحة بالاتفاق ويرجع بنصف الثمن وقيل يفسد البيع فى الكل بالاجماع وقيل فسد البيع فى الكل عند أبى حنيفة وصح البيع فى الخمسة الصحيحة عندهما بنصف الثمن كذا فى الذخيرة (ولو باع) المشترى (المبيع فرد) المبيع (عليه بعيب بقضاء)

رزقوا منها من ثمرة رزقا قال البيضاوى كلما نصب على الظرف و رزقا بمعنى مرزوقا مفعول برزقوا ومن الاولى والثانية للابتداء واقعتان موقع الحال وصاحب الحال الاولى رزقا وصاحب الحال الثانية ضمير المستكن فى الحال انتهى ملخصا (قوله بأن انكر كون العيب عنده الخ) سكت الشارح عما اذا أقر وقضى القاضى باقراره وعبارة الزيلعى ولا فرق بين أن يكون قضاء القاضى ببينة أو باقرار او بنكول انتهى ومعنى القضاء بالاقرار انه أنكر الاقرار فأثبته بالبينة هداية أو أقر بالعيب ولم ينكر لكن امتنع من قبول المبيع فقضى عليه برده زيلعى أما لو قال بعد الرد عليه لا عيب فيه لا يرده اتفاقا حموى عن الفتح (قوله رده على بائعه) لانه فسخ الا اذا حدث به عيب آخر عنده فيرجع بالنقصان ومعنى الرد عليه ان له أن يخاصمه بذلك لا ان الرد عليه يكون ردا على بائعه بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بقضاء حيث يكون ردا على الموكل لان البيع واحد وفيما نحن فيه بيعان فبفسخ أحدهما لا ينفسخ الآخر والى هذا أشار الشارح بقوله اذا برهن ان العيب كان عند البائع الاول واعلم ان الرد على البائع مقيد بما اذا لم يكن هو الامام أو أمينه حتى لو باع الامام أو أمينه شيئا من الغنيمة ولو فى دار الحرب وقولهم لا يصح بيعها قبل القسمة محمول على غير الامام وأمينه فاطلع المشترى على عيب لا يرده على البائع لان تصرفه حكم ولكن ينصب الامام رجلا للخصومة معه ولا يقبل اقراره بالعيب ولا يمين عليه لو أنكر وانما هو خصم لاثباته بالبينة كالاب ووصيه فى مال الصغير بخلاف الوكيل فان اقراره مقبول فيه واذا أقر منصوب الامام بالعيب انعزل كالوكيل بالخصومة اذا أقر على موكله فى غير مجلس القضاء فانه وان لم يصح لكن ينعزل به ثم اذا رد بالعيب يضم الى الغنيمة ان كان قبل القسمة وان كان بعدها فانه يباع بالثمن فان نقص الثمن أو زاد كان ذلك فى بيت المال بحر عن التلخيص وشرحه فانى الدرر آخر هذا الباب من قوله باع الامام أو أمينه غنيمة محرزة حتى لو لم تكن محرزة لم يجز بيعها لانها لم تملك الخ غير مسلم لما علمت من أن التقييد بالاحراز و بما بعد القسمة بالنسبة لغير الامام وأمينه (قوله ولو برضاه لا) لانه اقالة وهى بيع جديد فى حق ثالث والبائع الاول ثالثهما هذا اذا كان الرد بعد القبض وان كان قبله فله أن يرده على بائعه وان كان بالتراضى فى غير العقار لان بيع المبيع قبل القبض لا يجوز فلا يمكن جعله بيعا جديدا فى حق غيرهما فجعل فسخا فى حق الكل والاظهر فى العقار كما فى الزيلعى انه يجوز بيعه قبل القبض عنده فليس له أن يرده على بائعه كانه اشتراه بعد ما باعه (تتمة) قولهم بيع المنقول قبل قبضه لا يجوز ليس الحكم قاصرا على البيع ولهذا ذكر السيد الحموى ان المشترى لا يصح تصرفه فى المبيع قبل القبض وان ملكه بالعقد انتهى (قوله فى الصحيح) لان الفسخ بالتراضى بيع جديد فى حق غيرهما اذ لا ولاية لهما على غيرهما بخلاف القاضى لان له ولاية عامة زيلعى (قوله و فى بعض روايات البيوع الخ) التيقن به عند البائع الاول زيلعى (قوله لم يجبر على دفع الثمن) لاحتمال صدقه عينى ولانه لو اجبر لربما أثبت العيب فيسترده وفيه نقض القضاء فلا يصار اليه نهر (قوله أى يقيم المشترى البينة على ما ادعاه من وجود العيب عنده) وعلى انه كان عند البائع واذا ثبت انه كان موجودا فى الحالين فسخ العقد كما سيصرح به المصنف فاثبات العيب عند احدهما فقط غير كاف للرد (قوله او يحلف) بسكون الحاء نهر وهو غير متعين وما وجد معزيا للمناهى بعضهم من انه احترز به عن فتح الحاء وتشديد اللام اذ يفهم منه ان عدم الجبر مغيا بتحليف المشترى وليس كذلك بل اذا لم يقم المشترى بينته وحلف بائعه يجبر على الدفع حلفه المشترى اولا انتهى فيه نظر من اوجه أما اولا فلانه انما يحلف بطلب المشترى والى ذلك اشار صاحب الدرر حيث قال قبض مشتريه وادعى عيبا لم يجبر على دفع ثمنه بل يبرهن أو يحلف أى المشترى البائع الخ فظهر ان ما اقتصر عليه فى النهر احد احتمالين وليس فيه ما ينافى الاحتمال الثانى وهذا أى احتمال العبارة لهما بالنسبة لعبارة الكنز والا فعبارة الدرر نص فى الاحتمال الثانى وأما ثانيا فقوله اذ يفهم منه ان عدم الجبر مغيا الخ لا وجه له اذ ليس فى كلام المصنف لفظ حتى بخلاف عبارة الهداية حيث

بأن أنكر كون العيب عنده فاثبته بالبينة أو لم يقم البينة فحلفه القاضى فأبى اليمين (رده) المشترى الاول (على بائعه) اذا برهن ان العيب كان عند البائع الاول (ولو) كان (برضا لا) برده على بائعه الرد عليه والجواب فيما يحدث مثله كالمرض وفيما لا يحدث كالاصبع الزائدة سواء فى الصحيح وفى بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله يرده على بائعه سواء كان الرد بقضاء أو بغيره (ولو قبض المشترى المبيع وادعى عيبا لم يجبر) المشترى (على دفع الثمن ولكن يبرهن) أى يقيم المشترى البينة على ما ادعاه (أو يحلف بائعه)

قال اذا ادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشترى بينته انتهى وأما ثالثا فلان ما ذكره لا يصلح ان يكون وجه الاستشكال العبارة على فرض اشتمالها على لفظ حتى الا ترى الى ما ذكره عزمى زاده حيث بين وجه الاشكال بان العبارة دالة بظاهرها على جبر المشترى على تسليم الثمن عند اقامة بينته ان العيب كان موجودا عند البائع قال وفساده واضح الخ وأما رابعا فلان جعل عدم الجبر على دفع الثمن مغيا بتحليف المشترى لا اشكال فيه كما توهمه بل هو احد الاجوبة عن الاشكال كما يفصح عن هذا ما نقله نوح افندى عن صدر الشريعة حيث أجاب بان قوله أو يقيم عطف على قوله لم يجبر وليس عطفا على قوله حتى يحلف بائعه لانه حينئذ تكون اقامة البينة غاية لعدم الجبر فان اقامة البينة ينتهى بها عدم الجبر فيلزم الجبر على دفع الثمن عند اقامة البينة على العيب الخ ولفظ يقيم على هذا التوجيه مرفوع كما ذكره عزمى زاده فتعليل صدر الشريعة ما ذكر من ان قوله أو يقيم ليس عطفا على قوله حتى يحلف بائعه بانه حينئذ تكون اقامة البينة غاية الخ صريح فى ان الاشكال انما ينشأ من جعل عدم الجبر مغيا باقامة البينة لا من جعله مغيا بتحليف المشترى البائع اذا حلف فانه لا اشكال فيه اصلا وبقى توجيه آخر على تقدير النصب نقله نوح افندى عن صدر الشريعة أيضا وهو ان عدم الجبر كناية عن التوقف والانتظار فيكون المعنى ينتظر فى الحكم حتى يحلف البائع أو يقيم المشترى البينة الخ (تتمة) ما نقله فى الشرنبلالية عن العلامة المقدسى من ان أو بمعنى الا والتقدير لم يجبر الا ان يحلف على حد قوله

* كسرت كعوبها أو تستقيما *

يصلح ان يكون جوابا لدفع الاشكال عن كل من عبارة الكنز والهداية اذ هى مشكلة أيضا لكن لا من الوجه الذى استشكل به عبارة الهداية بل من وجه آخر وهو ان قوله ادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن ولكن يبرهن أو يحلف بائعه يقتضى بحسب الظاهر انه لا يجبر على دفع الثمن ولو بعد ان استحلف المشترى البائع فحلف وليس كذلك واعلم ان المستثنى منه بالنسبة لعبارة الهداية اذا جعلنا أو بمعنى الا هو الحلف واليه يشير قول العلامة الشرنبلالى والاستثناء مما يليه فيكون تقدير الكلام ادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن الى ان يحلف البائع الا ان يقيم المشترى البينة فينتفى الحلف حينئذ اذ لا يصار الى الحلف مع وجود البينة فيكون عدم الجبر على دفع الثمن مغيا بالحلف فقط فمتى وجد الحلف انتهى عدم الجبر فيجبر وأما بالنسبة لعبارة الكنز فالاستثناء من عدم الجبر والتقدير لم يجبر على دفع الثمن وان برهن الا ان يحلف البائع فيجبر (قوله اذا لم يقم البينة) أى على ان العيب كان بالمبيع عند البائع وأما اقامة المشترى البينة على وجود العيب عنده فلا بد منها فى الاصح لتحليف البائع ان هذا العيب لم يكن بالمبيع عنده قبل البيع كما سيصرح به المصنف كذا بخط شيخنا والحاصل انه اذا انكر وجود العيب للحال وعجز المشترى عن اثباته لا يحلف على قول الامام وهو الاصح كما سيأتى فى كلام الشارح ووجهه كما ذكره العينى ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الدعوى الا من خصم ولا يصير خصما الا بعد قيام العيب عنده ولا يلزم من ترتب البينة ترتب اليمين كما فى الحدود والاشياء الستة واما على قولهما فيحلف لانه لو اقر به لزمه فاذا حلف برئ وان نكل ثبت قيام العيب للحال ثم يحلف ثانيا على ان العيب لم يكن فيه عنده فان حلف برئ وان نكل فسخ القاضى العقد بينهما (قوله يعنى اذا كان شهوده غيبا) اشار الى ان المراد من الشام مطلق الغيبة (قوله لم يلتفت القاضى اليه) الا اذا طلب المهلة ثلاثة ايام فانه يؤجل در (قوله ولكن يحلف البائع ويأمره بنقد الثمن) لان فى الانتظار ضررا بالبائع وليس فيه كبير ضرر على المشترى لانه على حجته متى اقامها رد عليه المبيع واخذ منه الثمن وان نكل لزم العيب لان النكول حجة فيه بخلاف الحدود عينى (قوله فان ادعى اباقا) حاصله ان كل عيب لا بد فيه من المعاودة عند المشترى لا بد من اثبات وجوده عند المشترى لتقع الخصومة فى قدمه وحدوثه كالبول فى الفراش والسرقة واما ما لا يشترط وجوده عند المشترى كزنى الجارية فانه يحلف عليه ابتداء عند عدم البرهان بحر (قوله لم يحلف) هذا هو القرينة على ان تحليفه فى المسئلتين السابقتين اللتين ذكرهما بقوله ولو قبض

اذا لم يقم البينة (فان قال) المشترى (شهودى بالشام دفع) يعنى اذا كان شهوده غيبا فقال المشترى امهلنى حتى يحضر شهودى لم يلتفت القاضى اليه ولكن يحلف البائع ويأمره بنقد الثمن (ان حلف بائعه) والا لا (فان ادعى) المشترى (اباقا) بان جاء المشترى بالعبد الى البائع وقال بعتنى آبقا (لم يحلف بائعه حتى يبرهن) المشترى انه أبق عنده أى عند المشترى (فان برهن) المشترى على انه أبق عنده ثبت العيب فى حق الخصومة ثم

المشترى المبيع وادعى عيبا لم يخبر الخ محمول على ما اذا اقر البائع بوجود العيب للحال لكن انكر قدمه وعجز المشترى عن اثبات قدمه كما في البحر ولولا تصريح المصنف هنا بالمنع من التحليف لامكن ابقاء كلامه على اطلاقه و يكون اختيار المذهب الصاحبين فما في النهر من انه لا دليل في كلام المصنف على هذا الحمل ممنوع أو نقول ماسبق من التحليف مفروض في عيب لا يشترط تكراره كالولادة فاذا ادعاه المشترى ولا برهان له حلف بائعه وقوله ولو ادعى اباقا بيان لما يشترط تكرره والا كان الثاني حشوا لكن لو ابدل قوله في النهر كالولادة بزنى الجارية لكان اولى دفعا لما يتوهم من ان وجود الولادة عند المشترى لا يكون مانعا من ردها بعيب ولادتها عند البائع كما سبق التنبيه على ذلك (قوله حتى يبرهن الخ) أو يعترف البائع بقيامه للحال (قوله بالله ما ابق عندك قط) قيل كيف يحلف على البتات مع انه فعل الغير والتحليف فيه انما يكون على العلم وأجيب بانه على فعل نفسه في المعنى وهو تسليم المعقود عليه سليما وقيل محله مالو ادعى انه لا علم له به اما لو ادعى الحالف العلم به كما هنا حلف على البتات وهذا أوجه نهر عن الفتح (قوله أو بالله لقد باعه وسلمه) يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله في اليمين مع قيامه في أحد الجانبين أي يقصد تعلق عدم العيب بالشرطين جميعا و يقصد قيامه حالة التسليم خاصة وقصده ذلك لا يوجب بره شرعا فان تأوله كذلك لا يخلصه عند الله تعالى بل هي يمين غموس شرنبلالية عن الفتح وكذا يرد على ماذكره المصنف من الظرف مالو ابق عند غيره كبائع البائع مع انه يرد عليه به وكذا قوله لقد باعه وما به هذا العيب لانه قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد فالاحوط التحليف بالله ما ابق قط كما في الدرر لكن فيه ترك النظر للبائع اذ يجوز انه ابق من الغاصب ولم يعلم منزل المولى اولم يقدر على الرجوع اليه وقدمر انه ليس بعيب فالاحوط ماذكره الشارح ثانيا بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعى (قوله وان لم يكن للمشترى بينة) أى على قيام العيب عنده (قوله يحلف عندهما) فيحلف مرتين على عدم الاباق عند المشترى وعند البائع (قوله وهو الاصح) تقدم وجهه واعلم ان العيوب انواع خفي كاباق وعلم حكمه وظاهر كعور وصمم واصبع زائدة وناقصة فيقضي بالرد بلا يمين للتيقن به اذا لم يدع الرضا به ومالا يعرفه الا الاطباء كالكبد فيكفي قول عدل ولاثباته عند بائعه عدلين ومالا يعرفه الا النساء كرتق فيكفي قول الواحدة ثم يحلف البائع عيني وذكر نوح افندى الاكتفاء بالواحدة مقيد بالعدلة قلت وبقي خامس مالا ينظره الرجال والنساء ففي شرح قاضيخان شرى جارية وادعى انها خنثى حلف البائع در واراد بالعور ونحوه مالا يحدث مثله في هذه المدة (قوله منذ بلغ مبلغ الرجال) لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ درر عن الهداية يعني لا يرد بعد البلوغ باباق وجد منه عند البائع في الصغر مطلقا وان عاوده الاباق بعد البلوغ ثم قال في الدرر ينبغي ان يكون الحكم في البول في الفراش والسرقة أيضا كذلك لاشتراكهما في العلة واليه أشار في غاية البيان بقوله وذلك لان اتحاد الحالة شرط في العيوب الثلاثة انتهى (قوله والقول في قدر المقبوض للقابض) أمينا كان أو ضمينا كالغاصب والمودع لانه المنكر وشمل مالو قال المشترى بعد قبض المبيع موزونا وجدته ناقصا الا اذا سبق منه اقرار بمقدار معين وتقبل بينة القابض مع قبول قوله لاسقاط اليمين كالمودع يدعى الرد أو الهلاك (تتمة) اختلف في تعيين المبيع بنظر ان رده بخيار شرط أو رؤية فقال البائع ليس هو المبيع فالقول للمشترى وان بخيار عيب فالقول للبائع در عن الفتح كما لو اختلفا في طول المبيع وعرضه انتهى ويخالفه ما في النهر عن الظهيرية من ان القول للمشترى اذا اختلفا في طول المبيع وعرضه (قوله وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع الخ) ظاهر سياق كلام الشارح ان كلام المصنف غير شامل لهذه الصورة وليس كذلك (قوله اشترى عبدين الخ) أشار به الى ان المبيع لو كان لا ينتفع ببعضه كزوجي خف ومصراعي باب وثورين ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك المشترى رد المعيب وحده وان كان بعد القبض شرنبلالية عن التبيين والفتح (قوله صفقة) أى شراء واحدا بأن لم يكرر لفظه فانها في الشريعة عبارة عن العقد نفسه كما سيذكره الشارح (قوله واحدة)

(حلف) بائعه (بالله ما أبق عندك قط) أو بالله لقد باعه وسلمه اليه وما أبق قط أو بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي وان لم يكن للمشترى بينة وأراد تحليف البائع ما يعلم انه أبق عند المشترى يحلف عندهما واختلف المشايخ في قول أبي حنيفة فقيل يحلف عنده أيضا وقيل لا يحلف عنده وهو الاصح واذا كان الدعوى في اباق الكبير يحلف بالله ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال (والقول في قدر المقبوض للقابض) حتى لو اشترى أمة وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البائع بعتك هذه وأخرى معها وقال المشترى بعتني هذه وحدها فالقول للمشترى وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في مقدار المقبوض فالقول للمشترى (ولو اشترى عبدين صفقة) واحدة (وقبض أحدهما

قيد باتحاد الصفقة لانها لو تعددت بان سمى لكل واحد ثمنا كان له رد المعيب نهر قال شيخنا هذا على قول الصاحبين وعنده تعدد الصفقة به و بتعدد لفظة البيع اه (قوله ووجد باحدهما عيبا) لو قال فوجد لكان أولى لان الفاء تدل على ان العلم بالعيب حصل بعد القبض وهو المراد بخلاف الواو فانها تصدق بعكسه مع انه ان كان كذلك وقبض المعيب بعد العلم بالعيب لزماه ولو كانا معيبين فقبض أحدهما ردهما جميعا لانه لا يمكن الزامه البيع في المقبوض دون الآخر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع ولا اسقاط حقه في غير المقبوض لانه لم يرض به نهر (قوله أخذهما أو ردهما) لان في أخذ السليم تفريقا للصفقة قبل التمام ولو اعتق السليم أو باعه بعد قبضه لزمه الآخر نهر (قوله بغير المقبوض) كذا في بعض النسخ وفي بعضها بعين المقبوض وكلاهما صحيح حموى (قوله رده خاصة) لتمام الصفقة فيه قلنا تمامها تعلق بقبض المبيع وهو اسم لكله نهر (قوله وكذا اذا لم يقبضهما) ولا ينافيه قول المصنف ووجد باحدهما عيبا لان المراد من وجدان العيب العلم به ولو بالاخبار (قوله رد المعيب فقط) لان تفريقها بعد التمام جائز شرعا نهر ومعنى قوله رد المعيب أى بحقه من الثمن غير معيب لانه دخل في البيع سليما عن العيب حموى عن البرجندي (قوله وقال زفر له ردهما وليس له ان يرده وحده) لان فيه تفريق الصفقة ولتضرر البائع به لان العادة جرت بضم الجيد الى الردئ فاشبه ما قبل القبض وخيار الشرط والرؤية قلنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان الصفقة تتم بالقبض لان العيب لا يمنع تمام الصفقة الاترى انه لو استحق أحدهما بعد القبض لم يتخير في الباقي وان استحق قبله كان له ذلك كيلا تتفرق عليه الصفقة قبل التمام بخلاف خيار الشرط والرؤية لان الصفقة لا تتم معهما وان كان بعد القبض لعدم تمام الرضا وتضرر البائع من قبل تدليسه فلا يعتبر في حق المشترى كذا في المبسوط وغيره وذكر في المختلف ان له ان يفرق قبل القبض اذا وجد باحدهما العيب عند زفر كما لو وجد به عيبا بعد القبض فانه يرده خاصة فكذا قبله قال الزيلعي وهذا مشكل وفيه تفاوت كثير فانه اذا امتنع التفريق بعد القبض وقد تم العقد فيه كان قبله أولى لان الصفقة لم تتم انتهى واقول ما ادعاه من التفاوت مسلم وأما ما ادعاه من الاشكال فغير مسلم وماذكره في وجه الاشكال من انه اذا امتنع التفريق بعد القبض فقبله بالاولى ساقط بمرة لان صاحب المختلف لم يجعل العيب مانعا من التفريق بعد القبض لا قبله حتى يتم الرد عليه بان المنع من التفريق قبل القبض يكون بالاولى و كيف يتوهم ذلك مع تصريحه في المختلف بان العيب لا يمنع تفريق الصفقة مطلقا لا قبل القبض ولا بعده والحاصل ان النقل عن زفر رحمه الله تعالى قد اختلف فالجمهور على ان العيب مانع من التفريق مطلقا قبل القبض و بعده وصاحب المختلف نقل عنه انه لا يمنع مطلقا ومثل هذا الاشكال فيه فتأمل (قوله رد كله أو أخذه) لان المكيل والموزون اذا كان من جنس واحد كشئ واحد حكما وتقديرا وان كان اشياء حقيقة لان المالية والتقوم في المكيلات والموزونات باعتبار الانضمام والاجتماع اذ الحبة الواحدة ليست بمتقومة حتى لا يجوز بيعها زيلعي (قوله وقيل هذا اذا كان الكل في وعاء واحد) والاظهر الاطلاق شيخنا عن البرهان (قوله لم يخير) اذ لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضى العاقد لا المالك درر وقوله لا المالك يعني المستحق نوح أفندي (قوله لانه قبل القبض يرد المشترى الباقي) لتفرق الصفقة على المشترى قبل التمام (قوله ولو ثوبا خير) لان التبعيض يضره بخلاف المثلي والاستحقاق ليس بعيب حادث عند المشترى لوجوده وقت البيع وانما تأخر ظهوره وأراد بالثوب القيمي فعم العبد والدار وينبغي ان تكون الارض كذلك نهر (قوله واللبس الخ) كذا الاجارة والرهن والكتابة والعرض على البيع والسكنى والاستخدام ولو مرة بخلاف خيار الشرط فانه لا يسقط الا بالمرة الثانية نهر عن الفتح ثم نقل عن البزازية الصحيح ان الاستخدام رضا في المرة الثانية الا اذا كان في نوع آخر وفي الصغرى انه مرة واحدة ليس رضى الا اذا كان على كره من العبد انتهى ولما لم يطلع عزمي زاده على ما في المسئلة من الخلاف قال ما قال (قوله والمداواة) أى من عيب لم يبرأ منه اما لو برئ

(ووجد بأحدهما عيبا أخذهما أو ردهما) مطلقا سواء وجد بغير المقبوض عيبا أو بالآخر وهو الصحيح وعند أبي يوسف انه اذا وجد بالمقبوض عيبا رده خاصة وكذا اذا لم يقبضهما أخذهما أو نقض بيعهما الصفقة ضرب اليد على اليد في البيع ثم جعلت عبارة عن العقد (ولو قبضهما) ثم وجد باحدهما عيبا (رد المعيب فقط) وقال زفر له ردهما (ولو) كان المبيع كيليا أو وزنيا من نوع واحد و(وجد بعض الكيلي) كالحنطة ونحوها (أو الوزني) كالذهب والسكر ونحوه ذلك (عيبا رد كله أو أخذه) وليس له ان يرد المعيب خاصة مطلقا سواء كان الكل في وعاء واحدا وفي أوعية وسواء كان قبل القبض أو بعده وقيل هذا اذا كان الكل في وعاء واحد اما اذا كان في وعاءين فهو كعبدين حتى يرد المشترى على البائع الوعاء المعيب دون الآخر (ولو استحق بعضه) أي بعض الكيلي او الوزني بعد القبض (لم يخير في رد ما بقي) مطلقا سواء كان في وعاء أو وعاءين وعن أبي حنيفة يخير وانما قيدنا بقولنا بعد القبض لانه قبل القبض يرد المشترى الباقي (ولو) كان المبيع (ثوبا) فاستحق بعضه (خير) ان شاء أمسك الباقي أو رده (واللبس والركوب والمداواة

منه البائع فداواه وبه عيب آخر لا يكون رضى نهر عن الولوالجية (قوله رضى بالعيب) لانه دليل استبقائه وامساكه بخلاف خيار الشرط فان اللبس ونحوه ليس فيه دليل اختياره الملك فيه عينى (قوله ثم اطلع على عيب) فلبسه أو ركبها الحاجة لا لينظر الى سيرها ولا الى قدر الثوب نهر (قوله أو لشراء العلف لها) بخلاف شراء لعلف لغيرها حيث يكون رضا حموى (قوله محمول على ما اذا كان لا بد منه بدا) خلاف الاظهر شرنبلالية عن المواهب ونص عبارته الركوب للرد والسقى أو شراء العلف لا يكون رضى مطلقا فى الاظهر اه (فرع) وجد بالدابة عيبا فى السفر وهو يخاف على حمله عليها او برد بعد انقضاء السفر وهو معذور كمال لكن فى الشرنبلالية عن البزازية لا يتمكن من الرد وذكر وجهه فليراجع (قوله أو لكون العلف فى عدل الخ) اذ لا يستقر عليها وفى عدلين يستقر (قوله ولو قطع المقبوض الخ) فلو مات بسبب القطع عند المشترى رجع بنصف الثمن لان اليد من الآدمى نصفه فيجب عليه من بدله بحسابه لانها هى المستحقة بالسرقة والنفس غير مستحقة فى يد البائع الا ترى انها تحسم ولا تقطع فى البرد الشديد ولا فى الحر الشديد توقيا عن الهلاك فقبض المشترى لا ينتقض فى النصف وان سرى الى النفس زيلعى قيد بالمقبوض اذ لو قطعت يده قبل القبض ينتقض البيع اجماعا نوح أفندى (قوله بسبب) كان عند البائع أو غيره نهر (قوله رده واسترد الثمن) لو زاد قوله أو امسكه ورجع بنصف الثمن لكان اولى لانه مخير بين رده وامساكه فان رده رجع بكل الثمن وان امسكه رجع بنصفه وعندهما يتعين الرجوع بالنقصان (قوله ولم يعلم المشترى به عند البيع ولا عند القبض) التقييد بذلك اتفاقى بالنظر الى قول الامام واما بالنظر الى صاحبيه فاحترازى بناء على ان القطع أو القتل بسبب وجد عند البائع بمنزلة الاستحقاق عند الامام وعندهما بمنزلة العيب والثمرة تظهر فى مواضع منها اذا اشتراه عالما بالسبب لا يكون مانعا من الرجوع عنده لان العلم بالاستحقاق لا يمنعه وعندهما يمنع لان العلم بالعيب رضى وباقى المسائل تعلم بمراجعة الزيلعى واعلم ان العلم بالاستحقاق لا أثر له الا اذا كانت جارية فاولدها عالما بانها ملك الغير فان الولد رقيق لعدم الغرور بحر يعنى اذا اشترى أمة أو تزوجها عالما بانها ملك الغير فالولد رقيق للذى ظهر ملكه فيها واعلم ان الاستحقاق يوجب بطلان البيع والرجوع بجميع الثمن فى قولهم جميعا سواء كان عالما أو جاهلا قبل القبض او بعده عزمى زاده بتصرف (قوله وقالا لا برده) لان الموجود فى يد البائع سبب القطع وهو لا ينافى المالية فنفذ العقد فيه لكنه تعيب فيرجع بنقصانه لتعذر الرد وله ان سبب الوجوب وجد فى يد البائع والوجوب يفضى الى الوجود فيضاف الوجود الى السبب السابق ولو سرق فى يد البائع ثم فى يد المشترى فقطع بهما يرجع عندهما بالنقصان وعنده لا يرده بدون رضى البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وان قبله فبثلاثة الارباع لان اليد من الآدمى نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفى احداهما الرجوع فيتنصف ولو تداولته الايدى ثم قطع فى يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده لانه بمنزلة الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب عندهما وتظهر الثمرة أيضا فيما اذا اعتقه المشترى ثم قتل أو قطع لا يرجع عنده بشئ وعندهما يرجع بالنقصان (قوله ولكن يرجع بحصة النقصان من الثمن) فيقوم سارقا وغير سارق وحلال الدم وحرامه فيرجع بمثل نسبة التفاوت بين القيمتين عندهما شرنبلالية (تتمة) اشتراه عالما بالسبب ثم قتل فى يده بذلك السبب ففى كونه يرجع بالثمن عند الامام روايتان فى رواية يرجع وهى أصح وفى الاخرى لا يرجع لان حل الدم من وجه كالاستحقاق ومن وجه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فاشبهه بالاستحقاق قلنا عند الجهل يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم بشئ عزمى عن الاتقانى (قوله وعلى هذا الخلاف الخ) فعنده يرجع بكل الثمن وعندهما بفضل ما بين كونه مباح الدم ومعصومه (قوله بسبب وجد فى يد البائع) من قتل نفس أو قطع طريق أو ردة (قوله ولو برئ من كل عيب) بان قال بعتك

رضى بالعيب) أى اذا اشترى ثوبا ودابة ثم اطلع على عيب فلبسه أو ركبها أو داواها فهو رضى بالعيب (لا الركوب للسقى أو للرد أو لشراء العلف) لها أى لا تكون هذه الاشياء رضى استحسانا والجواب فى السقى والرد وشراء العلف محمول على ما اذا كان لا بد بدا منه اما لصعوبتها أى لكونها جموحا لا ذلولا أو لعجزه عن المشى أو لكون العلف فى عدل أو فى وعاء واحد حتى لو كان فى عدلين أو امكنه السقى فى منزله أو قريبا منه من غير ركوب وركب فهو رضى وقيل الركوب للرد لا يكون رضى وان أمكنه الرد بغير الركوب (ولو قطع المقبوض بسبب كان) (عند البائع رده واسترد الثمن) أى لو اشترى عبدا قد سرق عند البائع ولم يعلم المشترى به عند البيع ولا عند القبض فقطع يده فى يد المشترى بتلك السرقة رده واسترد الثمن عند أبى حنيفة وقالا لا برده ولكن يرجع بحصة النقصان من الثمن وعلى هذا الخلاف اذا قتل العبد بسبب وجد فى يد البائع (ولو برئ) البائع (من كل عيب)

هذا

هذا العبد على أنى برئ من كل عيب ووقع فى العينى لفظة فيه وهو سهو واسقاطها نهر ووجهه انه لو كان كذلك لم يتناول الحادث بالاجماع (قوله عند البيع) ظرف لبرئ (قوله صح وان لم يسم الكل) لان هذه الجهالة لا تفضى الى المنازعة فلا تمنع صحة البراءة (قوله فيدخل فى هذه البراءة العيب الموجود عند العقد والحادث) اما لو شرط البراءة من العيوب الكائنة والتى ستحدث فوجهان اصحهما وبه قطع الاكثرون أنه فاسد حموى عن شرح المجمع واما لو شرط البراءة من كل عيب به لم ينصرف الى الحادث فى قولهم جميعا لانه خص الموجود وقت العقد بالبراءة زيلعى (قوله وقال محمد الخ) وهو رواية عن أبى يوسف كذا فى حاشية نوح افندى ونقل قبل هذا عن قاضيخان ان دخول الحادث فى الابراء هو ظاهر مذهبهما أى مذهب الامام وأبى يوسف انتهى بتصرف (قوله لا يدخل الحادث) لان البراءة تتناول الثابت قلنا الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث زيلعى ولو ابرأه عن كل داء فعن الامام هو ما فى الباطن وما سواه يسمى مرضا وقال أبو يوسف يتناول الكل نهر (قوله وعند الشافعى لا تصح البراءة الخ) الخلاف بيننا وبينه يبتنى على الاختلاف فى صحة الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح عنده لان فى الابراء معنى التمليك وتمليك المجهول لا يصح ونحن نقول الجهالة فى الاسقاط لا تفضى الى المنازعة قال الزيلعى وكان ابن أبى ليلى يقول لا تصح البراءة من العيب ما لم يره المشترى وقد جرت بينه وبين أبى حنيفة فى مجلس أبى جعفر الدوانقى فقال له أبو حنيفة ارأيت لو باع جارية فى موضع المأتى منها عيب أو غلاما فى ذكره عيب اكان يجب على البائع ان يرى المشترى ذلك الموضع منها ومنه ولم يزل به هكذا حتى افحمه وضحك الخليفة (قوله ويصح البيع) فى احد قولى الشافعى زيلعى (قوله والشرط باطل) أى بالنظر الى العيب الحادث بقرينة ما سبق من قول الشارح وعند محمد وزفر لا يدخل الحادث شيخنا

(باب البيع الفاسد)

أخره لان العقود الفاسدة واجبة الرفع لانه يحرم مباشرتها لكن اذا ازال المفسد قبل تقرره يعود العقد الى الجواز وفى النهر عن القاموس فسد كنصر وعقد وكرم فسادا ضد صلح فهو فاسد وفسيد ولم يسمع انفسد (قوله الصحيح ما كان مشروعا بأصله) يحتمل ان يراد بالصحيح الجائز فيقابله غير الجائز وهو الباطل والفاسد والموقوف نهر عن الفتح وجعل فى المستصفى الموقوف من قسم الصحيح حيث قال البيع نوعان صحيح وفاسد والصحيح نوعان لازم وغير لازم فالظاهر انه أراد بالصحيح المنعقد فيعم الموقوف وحصر فى الخلاصة الموقوف فى خمسة عشر وزاد عليها فى البحر اثنى عشر وزاد أخوه ثمانية منها مالو بيع المرهون والمستأجر فان اجاز المستأجر البيع نفذ ولا ينزع من يده حتى يصل اليه ماله اذا كانت الاجرة معجلة واذا لم يكن للمشترى علم بكون المبيع مرهونا أو مستأجرا يتخير بين ان ينتظر فراغ مدة الاجارة وقبض المرتهن دينه لان العجز عن التسليم على شرف الزوال أو يرفع الامر الى القاضى ليفسخ البيع وان كان يعلم ذلك لزمه الانتظار حتما عند أبى يوسف وعندهما يتخير أيضا لانهما يعتبران ذلك بمنزلة الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع عند الاستحقاق قال فى فصول العمادى وظاهر الرواية قولهما ومن البياعات الموقوفة مالو بيع برقمه اذا لم يكن للمشترى علم به والرقم بسكون القاف علامة يعرف بها مقدار ما وقع به البيع من الثمن شيخنا عن التتارخانية (قوله فالباطل ما لا يكون مشروعا بأصله ووصفه) فلا يفيد الملك أصلا لا قبل القبض ولا بعده (قوله والفاسد ما يكون مشروعا بأصله دون وصفه) لا يخفى ما فيه من التكرار مع ما سبق واعلم ان مرادهم من مشروعية أصله كونه مالا متقوما لا جوازه وصحته فان كونه فاسدا يمنع صحته ولقد تسمح فى البناية حيث عرفه بانه ما لا يصح وصفا فانه يفيد انه يصح أصلا ولا صحة للفاسد وانما

عند البيع (صح وان لم يسم الكل) أى كل العيوب (ولا يرد بعيب) فيدخل فى هذه البراءة من العيب الموجود عند العقد والعيب الحادث بعد العقد قبل القبض عندهما وعند محمد وزفر لا يدخل الحادث قوله صح أى صح البيع والشرط عند الثلاثة وعند الشافعى لا تصح البراءة من كل عيب ما لم يسم ويصح البيع وعند زفر البيع جائز والشرط باطل

(باب البيع الفاسد) الصحيح ما كان مشروعا بأصله ووصفه والفاسد مشروع بأصله لا وصفه ثم هذا الباب مشتمل على ثلاثة أنواع باطل وفاسد ومكروه فالباطل ما لا يكون مشروعا بأصله ووصفه والفاسد ما يكون مشروعا بأصله دون وصفه والمكروه مشروع بأصله ووصفه

أطلقوا المشروعية نظرا الى انه لو خلا عن الوصف لكان مشروعا والا فمع اتصافه بالوصف المنهى عنه لا يبقى مشروعا أصلا بحر ومنه يعلم الجواب عما يقال حيث كان الفاسد مشروعا بأصله كان ينبغى ان لا يتوقف ثبوت الملك على القبض ويستغنى حينئذ عما ذكره فى التحقيق حيث أجاب بان السبب لما ضعف لصفة الفساد لم ينهض سببا الا ان يتأيد بالقبض كالهبة والتبرعات فلم يثبت الملك قبل القبض لقصور السبب اه (قوله لكن جاوره شئ آخر منهى عنه) كالبيع عند اذان الجمعة نهى عنه للصلاة (قوله بهذا التفسير) يفهم منه انه بتفسير غير هذا التفسير لا يكونان متباينين بل يكون الفاسد اعم لما انه غير المشروع بوصفه بل باصله والباطل غير المشروع بواحد منهما فكل باطل فاسد ولا عكس اذ غير المشروع بواحد منهما غير مشروع بوصفه ورده فى الفتح بان الذى يقتضيه كلام أهل الفقه والاصول انهما متباينان لانهم جعلوا حكم الفاسد انه يفيد الملك بالقبض بخلاف الباطل واعطاء حكم لاحدهما ينافى الآخر يوجب تباينهما وأيضا المشروع بأصله وغير المشروع بأصله متباينان فكيف يتصادقان اللهم الا ان يكون لفظ الفاسد مشتركا بين الاعم والاخص فى العرف ولكن نجعله مجازا عرفيا فى الاعم لانه خير من الاشتراك وهو حقيقة فيه باعتبار المعنى اللغوى ولهذا ادخل بعضهم المكروه فى الفاسد لشموله لانه فائت وصف الكمال بسبب وصف مجاور انتهى وحاصله انه لو كان بينهما جهة عموم لتصادقا لكنهما لم يتصادقا بوجه وأراد بجعله مجازا عرفيا فى الاعم ان يراد بالفاسد الممنوع لا الفاسد المقابل للباطل وبهذا يشمل المكروه حموى ونهر (قوله ينافى تعريف الآخر) الاولى يضاد الآخر حموى لان المتنافيين قد يجتمعان كالسواد والقيام أو كالبياض مع الحركة فانهما امران وجوديان مختلفان فى الحقيقة لكن ليس بينهما غاية الخلاف التى هى التنافى لصحة اجتماعهما اذ يمكن ان يكون المحل الواحد متحركا ابيض وأنواع المنافاة على ما تقرر فى علم المنطق أربعة تنافى النقيضين وتنافى العدم والملكة وتنافى الضدين وتنافى المتضايفين وباقى الكلام مع التمثيل لكل يطلب من شرح السنوسية للمصنف (قوله ثم لقب الباب بالفاسد) أى سماه به حموى (قوله دون الباطل والمكروه) يعنى مع اشتمال الباب عليهما حموى (قوله لان الفاسد وصف الخ) وقيل لكثرة وقوعه بتعدد اسبابه نهر عن العناية وكان الظاهر ان يقال لان الفساد وصف حموى (قوله فعم فوات الوصف للكل) لانه يصدق على غير المشروع بواحد منهما انه غير مشروع بوصفه (قوله كالحركة الخ) فيه نظر فان الحركة يصح حملها على الحيوان والنبات والفاسد لا يصح حمله على الباطل والمكروه حموى وفيه نظر لان عدم صحة الحمل بالنظر للقيود المعتبرة فى كل من الفاسد والباطل والمكروه وليس الكلام فيه واما مع قطع النظر عن القيود واعتبار ما وجد فيه الاشتراك وهو عدم المشروعية مطلقا اعم من ان يكون عدمها من حيث الاصل والوصف أو الوصف فقط أو من حيث فوات وصف الكمال فلا شك فى صحة حمل الفاسد على الباطل والمكروه (قوله ثم الضابط الخ) قال فى الدر كل ما أورث خللا فى ركن البيع فهو مبطل وما أورثه فى غيره فهو مفسد (قوله سواء كان مبيعا أو ثمنا) أى أحد العوضين (قوله فبيع الميتة) يعنى التى ماتت حتف انفها اما غيرها مثل الموقوذة فمال عند أهل الذمة كالخمر زيلعى واراد بالميتة غير السمك والجراد (قوله والدم) أى المسفوح فخرج بيع كبد وطحال در (قوله والحر) وكذا البول وصيد البر فى حق المحرم (قوله وان كان فى بعض الاديان الى قوله ان امكن اعتباره) الضمير المستتر فى كان والبارز فى اعتباره كلاهما يعود على احد العوضين (قوله ان امكن اعتباره ثمنا) بان قوبل بعين سواء دخلت الباء عليه أو عليها نهر (قوله فالبيع فاسد) فيما قابله حتى يملك ويضمن بالقبض وباطل فى حق نفسه حتى لا يملك ولا يضمن بالقبض زيلعى وقولهم الفاسد يملك بالقبض أى اذا كان بأمر البائع كما سيأتى التصريح به فى المتن من الفصل الذى عقده لبيان أحكام البيوع الفاسدة (قوله وان تعين كونه مبيعا) بان قوبل بدين كدراهم ودنانير ومكيل وموزون در (قوله فالبيع باطل) والفرق ان الخمر مال عند

لكن جاوره شئ آخر منهى عنه فالباطل والفاسد بهذا التفسير متباينان اذ فى تعريف كل واحد قيد ينافى تعريف الآخر ثم لقب الباب بالفاسد دون الباطل والمكروه لان الفاسد وصف شامل كالعرض العام لما قلنا ان الباطل فوات الاصل والوصف والفاسد فوات الوصف لا الاصل والمكروه فوات وصف الكمال فعم فوات الوصف للكل كالحركة بالنسبة الى الحيوان والنبات ثم الضابط فى تمييز الفاسد من الباطل ان احد العوضين اذا لم يكن مالا فى دين سماوى فالبيع باطل سواء كان مبيعا أو ثمنا فبيع الميتة والدم والحر باطل وكذا البيع به وان كان فى بعض الاديان مالا دون البعض ان امكن اعتباره ثمنا فالبيع فاسد فبيع العبد بالخمر أو الخمر بالعبد فاسد وان تعين كونه مبيعا فالبيع باطل فبيع الخمر بالدراهم أو الدراهم بالخمر باطل

اهل

أهل الذمة أمر باهانتها فى شرعنا وفى تملكها مقصودة بجعلها مبيعا اعزازها بخلاف جعلها ثمنا لان الثمن تبع والاصل هو المبيع زيلعى (قوله لم يجز بيع الميتة الخ) عبر بعدم الجواز ليعم ما عقد الباب له من الباطل والفاسد (قوله والخمر) اما بيع غيرها من بقية الاشربة المحرمة يجوز عند الامام خلافا لهما نهر عن البدائع وجلود الميتة كالخمر لانها لرغبة الناس فيها صارت مالا من وجه والمختار انها كالميتة لان جلدها جزؤها (قوله للمسلم) سواء كان البائع مسلما أو ذميا ثم لا فرق فى حق المسلم بين التى ماتت حتف انفها أو كانت منخنقة أو موقوذة أو ماتت بالجرح فى غير المذبح اما فى حق الذمى فيراد بها الاول وأما الثانى فاختلف فيه ففى التجنيس جعله من قسم الصحيح لانهم يدينونه ولم يحك خلافا وفى الايضاح هو قول أبى يوسف وعند محمد لا يجوز وجزم فى الذخيرة بفساده والموقوذة هى التى قتلت بالخشب شيخنا ومتروك التسمية عمدا كالذى مات حتف انفه حتى انه يسرى الفساد الى ما ضم اليه قال فى النهر وكان ينبغى ان لا يسرى اليه الفساد لانه مجتهد فيه كالمدبر ينفذ فيه البيع بالقضاء وأجاب فى الكافى بان حرمته منصوص عليها فلا يعتبر خلافه ومن هنا قال البزازى بيع متروك التسمية عمدا من كافر لا يجوز قال الحموى وعلى هذا فتقييد الشارح بالمسلم اتفاقى انتهى وانما لا يمنع الذمى من بيع الخمر لاعتقاده الحل وقد أمرنا بتركهم وما يدينون اعراضا لا تقريرا (قوله وأم الولد الخ) فى عطفهم على الحر ايماء الى بطلان البيع فيهم وعليه جرى فى الهداية حيث قال فى قول القدورى انه فاسد معناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت فى حق أم الولد بقوله عليه السلام اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد فى حق المدبر فى الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة فى حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله نعم لو رضى المكاتب بالبيع جاز فى أظهر الروايتين وتنفسخ الكتابة فى ضمنه لان اللزوم كان لحقه وقد رضى باسقاطه أما اذا بيع بغير رضاه فاجازه لم يجز رواية واحدة لان اجازته لم تتضمن فسخ الكتابة قبل العقد أى عقد البيع نهر عن السراج وفيه عن الخانية لو بيع بغير رضاه فأجاز بيع مولاه لم يجز فى الصحيح من الرواية وعليه عامة المشايخ واعلم ان صاحب الهداية ذكر آخر الباب لو جمع بين عبد وحر او مدبر او مكاتب أو أم ولد ان البيع فيهم موقوف ولهذا ينعقد فى المكاتب برضاه فى الاصح وفى المدبر بقضاء القاضى وكذا فى أم الولد عند أبى حنيفة وأبى يوسف ففى أول الباب جعله باطلا وفى آخره موقوفا وأجاب فى العناية بأنه باطل اذا لم يرض المكاتب ولم يقض القاضى وفى الفتح ان نفاذه فى أم الولد أيضا يعنى اذا قضى القاضى به هو أصح الروايتين وفى البزازية الاظهر عدم النفاذ والاول أولى انتهى أى الاول من كلامى صاحب الهداية أى كون البيع باطلا أولى من كونه موقوفا كذا بخط شيخنا (قوله والمدبر) فى الزيلعى عند قوله وان جمع بين عبد ومدبر ان القاضى لو قضى بجواز بيع المدبر وأم الولد ينفذ وقدمنا عن النهر بالعزو الى البزازية ان الاظهر فيهما عدم النفاذ قال العينى وهذه المسئلة كانت مختلفا فيها فى الصدر الاول وكان عمر لا يجيز بيعها وكان على يجيز بيعها ثم اجمع التابعون على عدم جواز بيعها فاذا قضى القاضى بعد ذلك بجواز بيعها هل يقع ذلك فى موضع الاجماع أو فى موضع الخلاف بناء على ان الاجماع المتأخر هل يرفع الخلاف السابق أم لا فعند البعض لا يرفع الخلاف السابق ولا ينعقد هذا الاجماع وعندنا ينعقد ويرتفع الخلاف السابق وقد استدل صاحب التقويم على هذا بقوله وقد روى محمد بن الحسن عنهم جميعا ان القاضى اذا قضى ببيع أم الولد لم يجز وفى فصول الاستروشنى وفى قضاء القاضى ببيع ام الولد روايتان أظهرهما انه لا ينفذ وفى قضاء الجامع انه يتوقف على امضاء قاض آخر ان امضاه نفذ وان أبطله بطل وهذا أوجه الاقاويل (قوله والمكاتب) فى الدر عن السراج ولد هؤلاء كهم وبيع معض كحر انتهى (قوله لم يضمن المشترى) لان العقد فى الباطل غير معتبر فبقى القبض باذن المالك وقيل يضمن فى المدبر وأم الولد لانه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول أبى حنيفة والثانى قولهما وفى الايضاح اذا كان أحد البدلين مدبرا او مكاتبا او أم ولد ملك ما يقابله بالقبض وجعل صاحب الهداية

(لم يجز بيع الميتة والدم والخنزير والخمر) للمسلم (والحر وأم الولد والمدبر) والمراد به المدبر المطلق وهو ان يقال انت مدبر أو ان مت فانت حر دون المدبر المقيد وهو ان يقال ان مت فى هذا المرض فانت حر فانه يجوز بيعه بالاتفاق وقال الشافعى يجوز بيع المدبر المطلق (و) لم يجز بيع (المكاتب) أى المكاتب الذى لم يرض ببيعه ولو رضى المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز (فلو هلكوا) أى لو باع هذه الاشياء وهلكوا (عند المشترى لم يضمن) المشترى عند أبى حنيفة

وغيره بيع هؤلاء من الباطل والصواب ماذكره فى الايضاح لانهم يدخلون فى العقد حتى لا يبطل البيع فيما ضم الى واحد منهم و بيع معه ولو كان كالحر لبطل ويؤول ماذكره صاحب الهداية بانه باطل فى حق نفسه لا فى حق ما يقابله كما فى از يلعى قال شيخنا وايضاحه ماقاله فى العناية فان قيل لو بطل بيع هؤلاء لكان كبيع الحر وحينئذ بيع القن المضموم اليهم فى البيع كالمضموم الى الحر والامر بخلافه فالجواب ان بيع الحر باطل ابتداء و بقاء لعدم محلية البيع أصلا لثبوت حقيقة الحرية و بيع هؤلاء باطل بقاء بحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقتها والفرق بينهما نير ولهذا جاز بيع أم الولد والمدبر والمكاتب من أنفسهم ولو قضى القاضى بذلك نفذ قضاؤه واذا كان كذلك دخلوا فى البيع ابتداء لكونهم محلا له فى الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم فبقى القن بحصته من الثمن والبيع بالحصة بقاء جائز بخلاف الحر فانه لم يدخل لعدم المحلية لزم البيع بالحصة ابتداء وانه باطل انتهى (قوله وقالا يضمن فى المدبر الخ) واختاره السرخسى والاول أى رواية الحسن عن الامام عدم الضمان اختارها الطواويسى نهر (قوله وهو رواية عن أبى حنيفة) كذا فى الهداية ورده فى النهاية بان رواية المعلى عنه انما هى فى المدبر وأما أم الولد فاتفقت الرواية أنها لا تضمن بالبيع والغصب لكن فى العناية من باب كتابة العبد المشترك فى تقوم أم الولد روايتان وعلى هذا فدعوى الاتفاق ممنوعة (قوله فيضمن فى أم الولد ثلث قيمتها قنة الخ) لانه فات بالاستيلاد منفعة البيع والسعاية وبقى منفعة الاستخدام والوطء منه وفى المدبر منفعة الاستخدام والسعاية باقية ومنفعة البيع هى الزائلة لكن فى النهر عن الصغرى الاصح وعليه الفتوى مااختاره خواهر زاده من انها أى قيمة أم الولد نصف قيمة القن (قوله وفى المدبر الخ) عزاه فى النهر الى السغدى قال الحدادى وهو الاصح وعليه الفتوى انتهى ويخالفه فى الترجيح ماذكره العينى حيث قال وماقاله خواهر زاده هو الاصح وعليه الفتوى يعنى ان قيمة المدبر نصف قيمة القن وعزاه أيضا الى فتاوى الفقيه أبى الليث قائلا وبه يفتى انتهى فتحصل من مجموع كلام العينى والنهر ان الاصح وعليه الفتوى ماذكره خواهر زاده من ان قيمة كل من المدبر وأم الولد على النصف من قيمة القن وأما المكاتب فالظاهر من كلام الزيلعى بل صريحه انه لا يضمن بالاتفاق ألا ترى الى ماذكره فى بيان الاستدلال على الحكم المختلف فيه بين الامام وصاحبيه فى ان المدبر وأم الولد هل يضمنان بالهلاك عند المشترى أم لا حيث قال وقالا عليه قيمتهما لانهما مقبوضان بجهة البيع وهما مال حقيقة ولهذا يملك ماضم اليهما فى البيع فيضمنان به ضرورة كسائر الاموال بخلاف المكاتب لانه فى يد نفسه فلا يتحقق فيه القبض وهذا الضمان يجب به وله ان شبهة البيع انما تلحق بحقيقته فى محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما فى البيع فى حق أنفسهما بل ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما كمال المشترى لا يدخل فيه وحده ويدخل فى حق ماضم اليه انتهى وكذا فى النهر بعد ان ساق كلام العناية ذكر انه ظاهر فى ان المكاتب غير مضمون على المشترى اتفاقا انتهى فان قلت كيف هذا مع ماذكره فى الذخيرة حيث قال وينبغى ان تكون قيمة المكاتب على النصف من قيمة القن قلت هذا لا يرد لان ظاهر قوله وينبغى انه ذكره تفقها من عنده فكان بحثا مخالفا للمنقول وقول الزيلعى كمال المشترى لا يدخل فيه وحده الخ يعنى اذا باع عبدا مع عبد المشترى من المشترى يقسم الثمن على قيمتهما فيأخذ المشترى عبد البائع بحصته من الثمن فيصح البيع فى حق عبد البائع وهو الاصح نهاية عن التتمة (قوله ومعناه اذا أخذه ثم ألقاه فى الحظيرة) أشار الى ان البيع قبل الصيد لا يجوز مطلقا أى لا يصح وان أمكنه الاخذ من غير حيلة لكونه قبل الملك واما بعد الصيد فيجوز حيث أمكنه الاخذ بلا حيلة لانه حينئذ باع مقدور التسليم وله خيار الرؤية بعد التسليم ولا عبرة برؤيته فى الماء لانه يتفاوت فى الماء وخارجه وان لم يمكنه أخذه الا بحيلة لا يجوز بيعه فان سلمه بعد ذلك فكالخ واينين فى بيع الآبق اذا سلمه بناء على انه باطل او فاسد شرنبلالية عن التبيين والحظيرة كما فى البحر عن القاموس جرين التمر والمحيط بالشئ خشبا او قصبا انتهى وفسرها فى العناية بالحوض والبركة انتهى (تمـــة)

وقالا يضمن فى المدبر وأم الولد قيمتهما وهو رواية عن أبى حنيفة ويضمن فى أم الولد ثلث قيمتها قنة وفى المدبر ثلثى قيمته قنا (و) لم يجز بيع (السمك قبل الصيد) و (كذا لو كان فى حظيرة لا يستطيع الخروج عنها اذا كان لا يؤخذ الا بالاصطياد ومعناه اذا أخذه ثم ألقاه فى الحظيرة حتى صار ملكا

فى جواز اجارة البرك لصيد السمك خلاف ومافى الايضاح من عدم الجواز أليق نهر (قوله ولو اجتمعت فيها الا باصطياده الخ) لعدم ثبوت الملك (قوله وان سد موضع دخول الماء) أو سد فوهة النهر زيلعى وهى بتشديد الواو واحدة الافواه يقال افواه الازقة والانهار ويقال قعد على فوهة الطريق والجمع افواه على غير قياس ويقال أيضا ان رد الفوهة لشديد أى القالة من فهت بالكلام صحاح (قوله لا يصح البيع عند بعض المشايخ) لان هذا القدر ليس باحرازله (قوله وقيل يصح ان أمكن الخ) اقتصر على هذا التفصيل فى النهر وتبعه الحموى وصدر به فى البحر والزيلعى أيضا ملا بانه لما احتبس فيه باحتياله صار آخذا له ثم ذكر مقابله بقيل (قوله اما اذا هيأ هاملكها بلا خلاف) كان الاولى ابدال ملكها بقوله جاز بيعه لان الكلام فيما اذا أمكنه الاخذ بغير اصطياد أخذا من سياق كلامه فسقط تنظير السيد الحموى وان جرى عليه بعضهم بأن الكلام فى صحة البيع وعدم صحته لا فى الملك اذ لا يلزم من الملك صحة البيع بل بعد ثبوت الملك ينظر ان أمكن أخذه بغير حيلة جاز بلا خلاف وان لم يمكن لم يجز بلا خلاف كما يفيده كلام الزيلعى انتهى والحاصل ان التنظير فى كلام الشارح بماذكره غفلة عن التأمل فى كلامه لانه مصرح بذلك الا ترى الى ماقدمه من قوله وكذا لو كان فى حظيرة لا يستطيع الخروج عنها اذا كان لا يؤخذ الا بالاصطياد وكذا قوله ومعناه اذا أخذه ثم ألقاه فى الحظيرة حتى صار ملكا يفيد ماذكرا يضا فهذا هو القرينة على ان المراد من قوله اما اذا هيأها ملكها اما اذا كان بحال يمكنه الاخذ بلا حيلة (قوله والطير) جمع طائر وقد يقع على الواحد والجمع طيور واطيار نهر عن القاموس (قوله فى الهواء) هو بالمد الجسم المسخر بين السماء والارض ويقال على الشئ الخالى وبالقصر ميل النفس نحو الشئ ثم استعمل فى ميل مذموم نهر (قوله سواء أخذه ثم أرسله أولا) وسواء كان يرجع اليه بعد الارسال أولا فى ظاهر الرواية كما فى البرهان فما فى الدرر تبعا للزيلعى من التقييد خلاف ظاهر الرواية كما فى الشرنبلالية وجه عدم الجواز فيما لو كان قبل أخذه بيعه ماليس فى ملكه و وجهه بعد الاخذ والارسال عدم القدرة على التسليم وهل هو باطل أو فاسد قولان والثمرة تظهر فيما لو سلمه بعد ان رجع اليه كما فى النهر ولو اجتمع فى أرضه الصيد فباعه من غير اخذه لا يجوز لانه لم يملكه ولهذا لو تكنس أو تكسر يكون لمن أخذه لعدم ملكه اياه بخلاف ما اذا عسل فيه النحل حيث يملكه لان العسل قام بأرضه على وجه القرار كالاشجار زيلعى وقوله أو تكسر من قولهم كسر الطائر اذا ضم جناحيه والكانس الظبى يدخل فى كناسه وهو موضعه فى الشجر يكن فيه ويستتر وقد كنس الظبى يكنس بالكسر وتكنس مثله صحاح (قوله وانما قيد به) أى بقوله فى الهواء (قوله ان أمكن أخذه من غير حيلة الخ) هذا أيضا مما يقضى على السيد الحموى بسقوط اعتراضه على الشارح فيما سبق (قوله والحمل) بسكون الميم كما فى النهر قال فى الشرنبلالية صرح بفساده وفساد بيع النتاج فى الاختيار وفى الكنز عطفه على قوله لم يجز بيع الميتة فيحتمل ان يكون باطلا كالميتة وفى البرهان جعل بيع الحمل والنتاج من الباطل انتهى ولو قيل بالفساد فى الحمل والبطلان فى النتاج لكان له وجه لان الحمل مال فى المآل على تقدير وجوده فكان المانع من الصحة عدم القدرة على التسليم بخلاف النتاج لكونه بيع المعدوم والنتاج كما فى النهر مصدر نتجت الناقة بضم التاء نتاجا بفتح النون وكسرها اريد به المنتوج (قوله حبل الحبلة) الحبل بفتح الباء الموحدة يطلق ويراد به المصدر ويطلق ويراد به الاسم كما يقال له الحمل أيضا ودخول تاء التأنيث فى الحبلة للاشعار بالانوثة وقيل انها للمبالغة كما فى سخرة ويحتمل ان يكون جمع حابلة بحر عن البناية ومافى النهر من ان الحبل مصدر حبلت الناقة فهى حبلى فسمى به المحمول كما يسمى بالحمل يشير الى ان الحبل مصدر أريد به اسم المفعول (قوله واللبن فى الضرع) لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع مافى ضروع الانعام الا بكيل ولان فيه غررا لجواز ان يكون الضرع منتفخا وعلى تقدير وجود اللبن مختلط بمال البائع على وجه لا يقدر على تمييزه والضرع لذات الظلف كالثدى للمرأة يجمع على ضروع كفلس وفلوس نهر ومقتضى قوله كفلس ان الضرع بفتح الضاد

مطلـــــــب فى حكم اجارة البرك لصيد السمك

ولو اجتمعت فيها الا باصطياده لم يصح بيعها سواء أمكن أخذها أولا وان سد موضع دخول الماء بحال لا يستطيع الخروج عنها لا يصح البيع عند بعض المشايخ وقيل يصح ان أمكن أخذه بلا اصطياد وهذا الخلاف فيما اذا لم يهيئ الحظيرة للاصطياد اما اذا هيأها ملكها بلا خلاف (و) لم يجز بيع (الطير فى الهواء) مطلقا سواء أخذه ثم أرسله أولا وانما قيد به لانه لو اصطاده ثم ألقاه فى الحظيرة نظر ان أمكن أخذه من غير حيلة جاز والالا (والحمل والنتاج) والحمل مافى البطن والنتاج ما يحمل هذا الحمل وهو حبل الحبلة وقد كانوا يعتادون ذلك فى الجاهلية (واللبن فى الضرع)

وقدمناه فى باب الهدى من كتاب الحج عن العناية انه بكسر الضاد واعلم ان كلام المصنف محتمل لان يكون المبيع فاسدا او باطلا لكن فى الدر عن البرجندى انه جزم ببطلانه والغرر هو الجهل بالعاقبة لا يدرى أيكون أم لا زيلعى وذكر عزمى زاده عن الصحاح ان الغرر بفتحتين هو الخطر (قوله واللؤلؤ فى الصدف) لانه لا يعلم وجوده فيه ولانه لا يمكن تسليمه الا بضرر وهو كسر الصدف بخلاف بيع الحبوب فى غلافها لانه متروك ونها معلومة وكذا تراب الذهب بحر وهو محمول على ما اذا بيع بخلاف جنسه والصدف محركا غشاء الدر ويجمع على اصداف نهر (قوله وقال أبو يوسف يجوز) لان الصدف لا ينتفع به الا بالكسر فلا يعد ضررا بحر لكن الفتوى على قول محمد انه لا يجوز شرنبلالية عن الخانية بقى ان يقال قول الشارح وقال أبو يوسف موافق لما فى الشرنبلالية عن الخانية ويخالفه ما فى البحر والنهر والزيلعى والعينى من قولهم وعن أبى يوسف (قوله والصوف الخ) لنهيه عليه السلام وفى السراج ولو سلم الصوف واللبن لم ينقلب صحيحا وكذا كل ما اتصاله خلقى كجلد حيوان ونوى تمر وبزر بطيخ لما مر انه معدوم عرفا در (قوله وعن أبى يوسف الخ) أى بشرط جزه فى الحال (قوله يجوز بيع هذا الصوف) لانه مال متقوم منتفع به مقدور التسليم كما فى الكراث وقوائم الخلاف قلنا التعليل بمقابلة النص مردود وانما أجيز فى الكراث وقوائم الخلاف وكذا قوائم الصفصاف وأوراق التوت بأغصانها للتعامل اذ لا نص فيه فلا يلحق به المنصوص عليه زيلعى ودر والخلاف بالتخفيف ككتاب والتشديد من لحن العوام شيخنا (قوله والجذع فى السقف) لانه لا يمكنه التسليم الا بضرر يلحقه والعقد لم يوجب الضرر فيمكنه الرجوع فيتحقق النزاع زيلعى (قوله وذراع من ثوب) هذا فى ثوب يضره القطع قال فى البحر وأشار الى عدم جواز بيع حلية من سيف أو فص خاتم أو نصف زرع لم يدرك أو نصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه (قوله أو قطع الذراع الخ) لم يذكر الشارح القطع فى جانب الجذع بل ذكر فى جانبه الاخراج لعدم المناسبة بين الجذع والقطع فما فى العينى سبق قلم (قوله انقلب صحيحا) سواء كان معينا أم لا كما فى الفتح وما فى الايضاح ضعيف نهر (قوله وضربة القانص) بالقاف والنون من قنص قنصا من حد ضرب والقنص محركا الصيد فعطفه على الصيد فى قولهم الصيد والقنص عطف تفسيرى شيخنا وبالتسكين مصدر قنصه نهر عن الصحاح وقيل بالغين المعجمة وهو الغواص بأن يقول أغوص لك غوصة فما أخرجته من اللآلئ فهو لك بكذا والبيع فيهما باطل لانه مجهول ولان فيه غررا (قوله بضربة الشبكة) اعلم ان الزيلعى فسر ضربة القانص بما يخرج من الصيد بضرب الشبكة أو بغوص الصائد فى الماء وهذا يوهم شمول القانص للغائص وجعل فى السراج القانص صياد البر والغائص صياد البحر والحق ان الصائد بالآلة هو القانص بالقاف أعم من كونه فى البر أو البحر بخلاف الغائص نهر (قوله ولم يجز بيع المزابنة) لنهيه عليه السلام عن المحاقلة والمخاضرة والمزابنة رواه البخارى والمزابنة ما ذكره الشارح والمحاقلة بيع الحنطة فى سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص زيلعى والمخاضرة بخاء معجمة وصاد مهملة كما فى الصحاح قال العينى والمخاضرة بيع الثمار قبل ان تنتهى قال شيخنا اى قبل ان تصير منتفعا بها ولو لعلف الدواب (قوله بيع الثمر) بالمثلثة نهر (قوله بتمر) بالمثناة نهر (قوله مجدود) أى مقطوع قال فى القاموس الجد صرام النخل كالجداد والجداد وأجد حان ان يجد عزمى زاده وقوله كالجداد والجداد يعنى بكسر الجيم وضمها شيخنا وذكر الزيلعى انه بالمهملتين خاص بالنخل وبالذال المعجمة عام فى قطع الثمار واما الجزاز بزاءين ففى الشرنبلالية انه جز الصوف وأقول نقل شيخنا عن الصحاح ان الجزاز بفتح الجيم وكسرها جز البر والنخل والصوف انتهى (قوله خرصا) أى حزرا وظنا نهر قال شيخنا وضبطه النووى على مسلم بفتح الخاء وكسرها (قوله وقال الشافعى يجوز فيما دون خمسة اوسق) لما روى انه عليه السلام نهى عن المزابنة بيع الثمر بالتمر الا لاصحاب العرايا فانه اذن لهم ولنا ما روينا ومعنى العرايا فيما رواه العطايا وتفسيره ان يهب

رجل

رجل ثمرة نخل من بستانه يعنى ولا يسلمها اليه ثم يشق على المعرى دخول المعرى له فى بستانه كل ساعة ولا يرضى ان يخلف الوعد فيعطيه قدره مجدودا بالخرص بدله وهو جائز عندنا لان الموهوب له لم يملك الثمرة لعدم القبض فصار بائعا ما كه بملكه وهو جائز لا بطريق المعاوضة وانما هو هبة مبتدأة فتسميته بيعا مجاز لما انه فى الصورة عوض عما اعطاه اولا فكأنه اتفق فى الواقع انه خمسة اوسق او دونه فظن الراوى ان الرخصة مقصورة عليه فنقل كما وقع عنده وسكت عن السبب ويحتمل ان الراوى ظن انه بيع كما فى العينى والرخصة هو الخروج عن اخلاف الوعد والعزيمة ان يفى بالموعود فاعطاء غيره مع كونه ليس باخلاف للوعد رخصة كذا بخط شيخنا فان قلت ما سبق من التأويل ينبو عنه ما جاء فى حديث زيد بن ثابت نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع الثمر بالتمر ورخص فى العرايا فان السياق يدل على ان المراد البيع قلت القران فى النظم لا يوجب القران فى الحكم نهر (قوله كانت فى الجاهلية) وقد نهى عنها ولان فيه تعليقا للتمليك بالخطر فيكون قمارا زيلعى (قوله وثوب من ثوبين) لجهالة المبيع فلو قبضهما وهلكا معا ضمن نصف قيمة كل اذ الفاسد معتبر بالصحيح ولو مرتبين فقيمة الاول لتعذر رده وهذا اذا لم يشترط خيار التعيين فلو شرط أخذ أيهما شاء جاز لما مر در وقيد بالقيمى لان بيع المبهم فى المثلى جائز لان الجهل فى الاول يورث نزاعا بخلافه فى المثلى كاردب من اردبين من القمح (قوله والمراعى واجارتها) اما بطلان بيعها فلعدم الملك لحديث الناس شركاء فى ثلاث فى الماء والكلأ والنار واما بطلان اجارتها فلانها على استهلاك عين در فاذا لم تجز الاجارة على استهلاك عين مملوكة كما اذا استأجر بقرة ليشرب لبنها فبالاولى اذا كانت العين مباحة كما هنا واعلم ان ما فى الدر من بطلان الاجارة مخالف لما فى العناية من فسادها فتملك الاجرة بالقبض وينفذ عتقه اه والحيلة ان يستأجر الارض ليضرب فيها فسطاطا او ليجعلها حظيرة لغنمه فتصح الاجارة ويبيح صاحب المراعى الانتفاع له بالمرعى فيحصل مقصودهما كذا فى الكافى وجرى عليه فى الدرر والنهر ولا يخفى ما فى قوله ويبيح صاحب المراعى الانتفاع له بالمرعى لانه فى نفسه مباح ولهذا لم يذكره الزيلعى ولا العينى وكذا فى البحر والدر ثم رأيت الشيخ شاهين نظر فى كلام الدرر بما ذكرناه (قوله والمراد بها الكلأ) يشير الى ما نقله السيد الحموى عن البرجندى من التجوز حيث ذكر ان المراد بالمراعى ما تحويه من الكلأ من اطلاق اسم المحل على الحال ولم يرد رقاب المراعى انتهى (قوله بدون الارض) يتعلق بالبيع المقدر اذ قوله والمراعى معطوف على قوله لم يجز بيع الميتة والتقدير لم يجز بيع المراعى بدون الارض فهو حال من المضاف اليه والشرط موجود وهو كون المضاف عاملا فيما بعده لانه مصدر شيخنا (قوله بأن سقى الارض) او حدق حولها عينى وهو غرس الاشجار حولها شيخنا (قوله جاز بيعه) لملكه اياه وقيل لا يملكه حتى لا يجوز بيعه قبل الاحراز لان الشركة ثابتة بالنص فلا تنقطع بدون الحيازة زيلعى عن النهاية وفيه كلام يعلم بمراجعة النهر (قوله يدخل الكلأ فى البيع) كالشجر وحينئذ يصح بيعه واما اجارته فلا تصح لما قدمناه من عدم جوازها على استهلاك العين ومحل الاجارة المنافع ولا يلزم الصبغ واللبن فى استئجار الصباغ والظئر لان العين آلة ثمة لاقامة العمل المستحق بالاجارة درر (قوله ولم يجز بيع النحل) لا مقصودا ولا تبعا للكوارات اذا لم يكن فيها عسل على قولهما واختلف فى بيعه تبعا للكوارات على قولهما اذا كان فيها عسل لا مطلقا كما يوهمه ما فى الزيلعى نهر واقول نقل السيد الحموى عن المفتاح ان الخلاف فيما اذا لم يكن معه العسل اما اذا كان معه فانه يجوز اتفاقا الخ والكوارات بضم الكاف وكسرها معسل النحل اذا سوى من طين شيخنا عن العناية وفى النهر عن المصباح انه بالضم والتخفيف والتثقيل لغة وقيل بيتها اذا كان فيه العسل وكسر الكاف مع التخفيف لغة اه ولم يذكر فتح الكاف مع التخفيف وقد ذكره الزمخشري انتهى (قوله عندهما مطلقا) اى سواء كان مجموعا ام لم يكن بدليل ما سيأتى من قوله وعند محمد والشافعى الخ (قوله وعند محمد والشافعى الخ) وعليه اكثر المشايخ وهو اختيار الشهيد وعليه الفتوى لانه حيوان منتفع به مقدور التسليم وان كان لا يؤكل

كالحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنبور والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه وجوز أبو الليث بيع
العلق وبه يفتى للحاجة بخلاف غير النحل والعلق من الهوام فلا يجوز اتفاقا كحيات وضب وما فى بحر
كسرطان الا ما جاز الانتفاع بجلده أو عظمه والحاصل ان جواز البيع يدور مع حل الانتفاع تنوير
وشرحه والهوام هى المخوفة من الاحناش شيخنا عن العناية (قوله وبيضه) بفتح الباء وهو البزر الذى
يكون منه الدود شيخنا عن القهستانى (قوله عند محمد مطلقا) أما الدود فلكونه منتفعا به وأما البيض
فللضرورة وعليه الفتوى وأجاز السلم فيه اذا كان وقته معلوما وجعل منتهى الاجل فى وقته واختاره
المصنف هنا دون النحل وقد علمت ان الفتوى على قوله فيه أيضا فلم اختار المصنف قول محمد فى الدود
دون النحل وكأنه لقوة المدرك عنده فى النحل واعلم ان ماذكره فى النهر والبحر من ان الفتوى على قول
محمد فى الدود والبيض مخالف لما نقله السيد الحموى عن المفتاح حيث ذكر ان الفتوى عليه فى الدود وأما فى
بيضه فالفتوى على قولهما اه (قوله وقال أبو حنيفة لا يصح بيعهما) أما الدود فلانه من الهوام وأما بيضه
فلانه غير منتفع به باعتبار ذاته بل باعتبار غيره وذلك الغير معدوم حموى عن شرح الحلبى (قوله ولم يجز
بيع الآبق) أى لا ينعقد فى ظاهر الرواية فان حضر احتيج الى تجديد الركن قولا أو فعلا وعن أبى حنيفة
انه يعود صحيحا والاختلاف مبنى على انه فاسد أو باطل وكلامه فى الدر يفيد ترجيح كل من القولين أما
لو أبق بعد البيع ثم عاد فلا خلاف فى بقاء العقد على الصحة كما يعلم من كلام العينى وخرج بالآبق المرسل
فى حاجة المولى فانه يجوز بيعه لانه مقدور التسليم وقت العقد حكما اذ الظاهر عوده وأطلق فى عدم جواز
بيع الآبق فعم ما لو باعه من طفله أو يتيم فى حجره ولو وهبه لهما صح والفرق ان شرط البيع القدرة على
التسليم عقيبه وهو منتف وما بقى له من الملك يصلح لقبض الهبة لا للبيع لانه بازاء مال مقبوض من مال
الابن بخلاف الهبة فكفت تلك اليد نظرا للصغير نهر ولو أعتقه اى البائع نفذ عتقه لعدم اشتراط القبض
فيه ولو علم حياته وقت العتق أجزأه عن الكفارة زيلعى واعلم انه يستثنى من اطلاقهم ما لو أبق من
الغاصب فباعه منه فانه يصح مع انه آبق عند المتعاقدين در عن الذخيرة معللا بعدم لزوم التسليم (قوله
الا أن يبيعه ممن يزعم انه عنده) لعدم الحاجة الى التسليم لكن لا يصير قابضا بمجرد العقد ان اشهد وقت
الاخذ انه أخذه ليرده على المالك لانه أمانة فى يده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض المبيع وكذا اذا لم
يشهد عند أبى يوسف وعندهما يصير قابضا بناء على ان الاشهاد ليس بشرط لكونه أمانة عنده وعندهما
شرط كما سبق فى اللقطة قيد بقوله ممن يزعم الخ لانه لو باعه ممن يزعم انه عند غيره لا يصح أيضا لكنه
فاسد اتفاقا يملك بالقبض بخلاف بيع الآبق المطلق فان فيه ما مر من الخلاف بقى ان تعليله فى النهر جواز
بيع الآبق ممن يزعم انه عنده بأن المقصود من القدرة على التسليم ثبوت التسليم فاذا كان ثابتا حصل
المقصود يفيد ان المراد من قوله ممن يزعم الخ أن يكون فى يده وبه صرح العلامة نوح أفندى قلت فلو
قال المصنف الا أن يبيعه ممن هو عنده لكان أولى لان الزعم يستعمل غالبا فى غير المطابق للواقع (قوله
ولبن امرأة) استدلوا على عدم جواز بيع لبن المرأة ولو فى قدح بصحة اجارة الظئر لانه لما صحت الاجارة ثبت
ان سبيله سبيل المنافع وليس سبيله سبيل الاموال اذ لو كان مالا لم تجز الاجارة الا ترى ان اجارة البقرة
لشرب لبنها لا يجوز لكونه مالا حتى صح بيعه واستفيد من قولهم سبيله سبيل المنافع لا الاموال انه لا يضمن
بالاتلاف (قوله وقال الشافعى يجوز مطلقا) لانه مشروب طاهر قلنا انه جزء آدمى مكرم وفى البيع اهانته
فلا يجوز عينى (قوله وقال أبو يوسف ان كان لبن أمة يجوز) لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا جزؤها
قلنا نفسها محل للرق لاختصاصه بمحل القوة وهو الحى ولا حياة فى اللبن درر (قوله لا يجوز) لقوله عليه
الصلاة والسلام لم يجعل الله شفاء أمتى فيما حرم عليها (قوله اذا علم انه يزول به الرمد) هذه من افراد مسئلة
الانتفاع بالمحرم للتداوى كالخمر واختار فى النهاية والخانية الجواز اذا علم ان فيه شفاء ولم يجد دواء غيره نهر
ومعنى قوله عليه السلام لم يجعل الله شفاء امتى فيما حرم عليها اى بالنسبة للتى لا شفاء فيها أما التى فيها

الشفاء فلا بأس به كشرب الخمر للعطشان وقد استوفينا الكلام على ما يتعلق بهذه المسئلة أعنى جواز
التداوى بالمحرم عند قول المتن ولا يشرب أى بول ما يؤكل لحمه أصلا قبيل باب التيمم (قوله وشعر الخنزير)
هو باطل كما فى الشرنبلالية عن البرهان لانه نجس العين ويرد على هذا التعليل بيع السرقين فانه جائز
للانتفاع به مع انه نجس العين فتح بل الصحيح عن الامام ان الانتفاع بالعذرة الخالصة يجوز نهر (قوله
وينتفع به للخرز) لانه لا يتأتى الا به فلم يكن الخرز بالحديد فى زمنه شيخنا ثم رأيت بخطه أيضا ان المراد من
قولهم فان الخرازين لا يتأتى لهم ذلك العمل بدونه أى على وجه الاحكام انتهى وما فى البحر حيث منع
الانتفاع به الآن لعدم الضرورة مخرج على قول أبى يوسف كما يعلم من عبارة الزيلعى وأما عند محمد
فيجوز الانتفاع به مطلقا ولو لغير ضرورة يدل عليه ما ذكره الزيلعى أيضا حيث علل عدم افساد الماء القليل
عنده اذا وقع فيه بقوله لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته وهذا يقتضى جواز بيعه أيضا عند محمد
واليه يشير ما ذكره فى النهر حيث قال ينبغى ان يطيب للبائع الثمن على قول محمد الخ ومنه يعلم ما فى كلام
الشارح اذ سياق قوله ولم يجز بيع شعر الخنزير ولكن ينتفع به للخرز عند محمد يوهم انه يقول بعدم جواز
بيعه وليس كذلك فلو عزا الشارح لابى يوسف ما ذكره المصنف من جواز الانتفاع به يعنى للضرورة
بقرينة ما ذكره من عدم جواز بيعه ثم حكى عنه الكراهة بلفظ عن وعزا لمحمد جواز الانتفاع به مطلقا ولو
لغير ضرورة لكان كلامه مستقيما (قوله وعند أبى يوسف يكره له ذلك) فى الزيلعى وعن أبى يوسف ووجه
الكراهة ان الخرز يتأتى بغيره واذا وقع فى الماء القليل يفسده عند أبى يوسف خلافا لمحمد والصحيح قول
أبى يوسف وقول الزيلعى لا بأس للاساكفة ان يصلوا مع شعر الخنزير ولو اكثر من قدر الدرهم مخرج على
قول محمد نهر (قوله وشعر الانسان) بيعه باطل كرجيعه فى الاصح الا اذا غلب عليه التراب او السرقين
على الصحيح شرنبلالية عن البرهان (قوله وعن محمد انه جوز الانتفاع به) لما ورد من انه عليه السلام
قسم شعره بين أصحابه فكانوا يتبركون به زيلعى (قوله وجلد الميتة قبل الدبغ) للنهى ولان نجاسته
أصلية فصار كلحم الميتة بخلاف الثوب النجس والدهن حيث يجوز بيعه لان نجاسته عارضة فلا يتغير حكم
الثوب بها وفى المجمع ونجيز بيع الدهن المتنجس والانتفاع به فى غير الاكل بخلاف الودك نهر ودرر وقد
قدمنا الخلاف فى كون جلد الميتة كالخمر أو كالميتة وثمرته تظهر فى المضموم اليه هل يتعدى البطلان اليه
او يصح البيع بحصته من الثمن وعلى القول بأنه كالخمر يتفرع ما ذكره فى الدر من انه اذا بيع بالثمن
فالبيع باطل وان بالعرض فهو فاسد (قوله وبعده يباع) الا جلد انسان وخنزير وحية در (قوله كعظم
الميتة) لما روى انه عليه السلام اشترى لفاطمة سوارين من عاج فظهر استعمال الناس له من غير نكير
حتى حكى بعضهم الاجماع على جواز بيعه نهر (قوله وعند محمد لا يصح بيعه والانتفاع به) موافق لما
فى الهداية ويخالفه قول الكرخى وأما الفيل أى عظمه فاجمعوا على جواز بيعه وفى العيون روى ابراهيم
ابن رستم عن محمد فى امرأة صلت وفى عنقها قلادة فيها سن كلب او اسد او ثعلب فصلاتها تامة لانه يقع
عليها الزكاة عينى وتعليله ظاهر بناء على ان السن طرف عصب فالذكاة طهارة له وأما على القول بأنه
عظم فلانه من الميتة اذا خلا عن الدسومة طاهر ثم ظهر ان ضمير عليها عائد على الحيوانات الثلاث
فتكون من المذكاة طاهرة بلا خلاف بخلاف الخنزير اذا ذكى فان سنه لا يطهر كذا ذكره شيخنا (فرع)
بيع القرد جائز وكذا جميع الحيوانات سوى الخنزير هو المختار لانه ينتفع به وكذا بجلده نهر عن التجنيس
(قوله وعلو سقط) لان حق التعلى ليس بمال ومحل البيع المال وهو ما يمكن احرازه زيلعى وبيع الطريق
يصح حدا ولا وكذا هبته واذا لم يبين يقدر بعرض باب الدار العظمى لا بيع مسيل الماء وهبته لانه مجهول
اذ لا يعلم قدر ما يشغله الماء وصح بيع حق المرور تبعا للارض بالاجماع ووحده فى رواية ابن سماعة وفى
رواية الزيادات لا يجوز وصححه الفقيه ابو الليث بأنه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالانفراد لا يجوز
والشرب كذلك يصح بيعه تبعا للارض بالاجماع ووحده فى رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه نصيب من

الملك ولم يجز فى أخرى وهو اختيار مشايخ بخارى للجهالة لا بيع حق التسييل وهبته درر واعلم ان سياق
كلامه يقتضى جواز بيع الطريق ولو بدون الارض من غير خلاف لكن صرح فى الخانية كما فى
الشرنبلالية بأن بيع الطريق بدون الارض لا يجوز واما ما ذكره فى الشرنبلالية من قوله ويخالفه
أيضا قوله الآتى وفى رواية الزيادات الخ فغير مسلم ولهذا قال شيخنا لا مخالفة لان ما ذكره فى الزيادات
بيع حق المرور وما نحن فيه بيع نفس الطريق انتهى (قوله انه عبد) ذكر الضمير لتذكير الخبر
درر قال عصام فى حاشية البيضاوى اعتبار مطابقة الخبر الذى هو محط الفائدة أولى من اعتبار مطابقة
المرجع ذكره ابن الحاجب فى المفصل كذا بخط شيخنا وقول الشارح أى لو اشترى شخصا الخ
يشير الى ان مرجع الضمير هو الامة وذكره لتأويلها بالشخص (قوله لو اشترى بهيمة الخ) والفرق
ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعا ففى مختلفى الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفى متحدى
الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف وفى مسئلتنا الذكر والانثى من بنى
آدم جنسان للتفاوت فى الاغراض وفى الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها واعلم أن بطلان العقد فيما
اذا كان المشار اليه من خلاف جنس المسمى هو قول بعض المشايخ وقال بعضهم انه فاسد وهو اختيار
الكرخى وظاهر كلام الزيلعى ترجيح القول بالفساد لكن قال فى النهر والاول هو الظاهر واعلم
ان الاجارة كالبيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة والنكاح واشباهه لا يفسد ولكنه ينظر اذا كان
المسمى يمكن ضبطه كالثياب والحيوانات الموصوفة أو المكيل أو الموزون يجب المسمى ويجعل كانه
سماه ولم يشر الى شئ وان لم يمكن ضبطه يجب مهر المثل كانه لم يسم شيئا زيلعى (قوله صح البيع)
ويثبت له الخيار زيلعى (قوله ولم يجز شراء ما باع الخ) يشمل شراء الكل والبعض نهر عن القنية
(قوله بالاقل) ولو وصفا كما لو باعه بألف نسيئة الى سنة ثم اشتراه بألف الى سنتين لم يجز أيضا بحر
(قوله قبل النقد) أى نقد كل الثمن درر (قوله يجوز فى غير العبد والمكاتب) لان الاملاك متباينة
بخلاف المملوك فان كسبه لسيده وله فى كسب مكاتبه حق الملك فكان تصرفه كتصرفه وله ان شراء
هؤلاء كشراء البائع بنفسه لاتصال منافع المال بينهم وهو نظير الوكيل بالبيع اذا عقد مع هؤلاء (قوله
وسواء باع بنفسه اصالة أو وكالة) فالوكيل بالبيع اذا أراد شراء ما باعه بأقل مما باع لنفسه أو لغيره
قبل نقد الثمن لم يجز لان الوكيل بالبيع أو الشراء أصيل فى الحقوق وكذا الرسول بالبيع اذا باع ثم
اشترى ما باع لنفسه بأقل مما باع قبل نقد الثمن الاول لا يجوز حموى عن البرجندى معزيا للذخيرة
(قوله من مشتريه) أو من وارثه بخلاف شراء وارث البائع أو وكيله أى وكيل وارث البائع شيخنا والفرق
ان وارث البائع لم يملك الشراء بطريق الارث لانه كان يملك الشراء لنفسه حال حياة مورثه فكان
كالاجنبى واما وارث المشترى فقام مقام المشترى فى هذا البيع لان ولاية البيع من أحكام ملك المورث
فانه ما كان يملك البيع حال حياة مورثه لانه ملك مورثه وفى البحر عن السراج شرط لجواز شراء وارث
البائع ان يكون ممن تقبل شهادته للمورث فى حياته والا لا يجوز وهو قيد حسن أغفله كثير وان كان
معلوما من بيان حكم شراء من لا تجوز شهادته له انتهى (قوله لا من الموهوب له الخ) لان تبدل سبب
الملك كتبدل العين أصله حديث بريرة زيلعى ولو خرج المبيع عن ملك المشترى ثم عاد اليه فان عاد اليه
بحكم ملك جديد كالاقالة قبل القبض وبعده أو بالشراء أو بالهبة أو بالميراث فشراء البائع منه بالاقل جائز
وان عاد اليه بما هو فسخ كخيار رؤية أو شرط قبل القبض أو بعده فالشراء منه بالاقل لا يجوز بحر عن
السراج (قوله ثم الدنانير جنس الدراهم) هنا وفى قضاء دين وشفعة ومضاربة وامتناع مرابحة
وزكاة وشركات وقيم متلفات وأروش جنايات در (قوله خلافا للشافعى) له ان الملك قد تم بالقبض فيجوز
بيعه بأى قدر كان من الثمن كما اذا باعه من غير البائع أو منه بمثل الثمن الاول أو بأكثر أو بعرض
أو بأقل بعد النقد ولنا ما روى ان امرأة باعت غلاما من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم نسيئة ثم ابتاعته

انه عبد وعكسه) أى لو اشترى
شخصا على انه أمة فاذا هو عبد
أو على انه عبد فاذا هى أمة لم يجز
استحسانا خلافا لزفر وانما قيد بالامة
لانه لو اشترى بهيمة على انه ذكر فاذا
هى انثى صح البيع (و) لم يجز (شراء
ما باع بالاقل قبل النقد) مطلقا
سواء كان شراؤه لنفسه أو شراء
من لا تصح شهادته له كولده ووالده
وزوجته وعبده ومكاتبه وقال أبو
يوسف ومحمد يجوز فى غير العبد
والمكاتب وسواء باع بنفسه أو بيع
له بأن باع وكيله وسواء اشترى لنفسه
أو لغيره من مشتريه أو من وارثه
لا من الموهوب له او الموصى له هذا
اذا كان المبيع لم ينقص ذاتا واتحد
الثمنان جنسا واما اذا تعيب المبيع ذاتا
فى يد المشترى فباعه من البائع بأقل
من الثمن جاز وانما قلنا ذاتا لانه
لو انتقصت قيمته بتغير السعر لم يجز
شراؤه بالاقل وشرطنا اتحاد الثمنين
جنسا لانه اذا اشتراه بجنس آخر غير
جنس الثمن الاول يجوز وان كان
الثمن الثانى أقل ثم الدنانير جنس
الدراهم حتى لو كان العقد الاول
بالدراهم فاشتراه بالدنانير وقيمتها أقل
من الثمن الاول لم يجز استحسانا وجاز
قياسا وهو قول زفر ثم ان هذا
لا يجوز عندنا خلافا للشافعى ولفظ
الاقل يشير الى انه لو اشترى بأكثر
أو بمثله جاز (وصح) البيع (فيما ضم
اليه) حتى لو اشترى أمة بخمسمائة
وقبضها ثم باعها وأخرى معها من
البائع قبل نقد الثمن بخمسمائة

بستمائة نقدا فقالت لها عائشة بئس ما شريت وبئس ما اشتريت وهو لا يدرك بالرأى فيحمل على السماع
وقولها بئس ما شريت أى بعت وانما كرهت عائشة العقد الاول لانهما تطرقا به الى العقد الثانى كما فى
النهاية لا يقال روى انها قالت بعته الى العطاء فلعلها أنكرت عليها لكون الاجل مجهولا لانا نقول كانت
عائشة ترى البيع الى العطاء زيلعى أى ترى البيع مؤجلا بثمنه الى العطاء من بيت المال جائزا ولان
الثمن لم يدخل فى ضمان البائع قبل قبضه فاذا عاد اليه عين ماله بالصفة التى خرج عن ملكه وصار
بعض الثمن قصاصا ببعض بقى له عليه فضل بلا عوض فكان ذلك ربح ما لم يضمن وهو حرام بخلاف ما اذا
اشتراه بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة (قوله صح الشراء فى التى الخ) يعنى وفسد فى الاخرى
لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التى لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى بأقل مما باع وهو فاسد
ولم يوجد هذا المعنى فى صاحبتها ولا يشيع الفساد لانه ضعيف لكونه مجتهدا فيه حتى لو قضى القاضى
بجوازه صح زيلعى أولانه باعتبار شبهة الربا فلو اعتبرت فى المفهوم لكان اعتبار الشبهة والشبهة هى غير
معتبرة درر والمراد من كونه مجتهدا فيه أى محل اجتهاد وقابلا له والا فخلاف الشافعى انما جاء بعد وضع
المسئلة ويجوز ان يكون الخلاف واقعا قبل وضعها بل هو الاظهر ونوقض بما اذا باعهما بألف وخمسمائة
فان البيع فاسد نص عليه شمس الائمة وفخر الاسلام ولو كان الفساد فى مسئلة الكتاب لما ذكر لما فسد
لانه عند القسمة يصيب كل واحدة منهما أكثر من خمسمائة نهر وقوله فان البيع فاسد اى فى التى اشتراها
بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها بألف وخمسمائة وليس المراد فساده فيهما معا وقوله ولو كان الفساد لما
ذكر الخ أى لصيرورته مشتريا لها بأقل مما باع وقوله وقابلا له أى ولكونه قابلا للمبيع شيخنا (قوله وزيت)
بالجر عطف على المنفى وكان ينبغى ان لا يفصل بينهما بالمثبت لما فيه من الايهام حموى (قوله على ان
يزنه بظرفه الخ) لانه شرط لا يقتضيه العقد الا اذا عرف مقدار وزنه فيجوز بخلاف ما لو شرط ان يطرح
عنه بوزن الظرف لانه من مقتضيات العقد والمراد بالشرط الذى يقتضيه العقد هو الذى يجب بالعقد
من غير شرط كشرط تسليم المبيع أو الثمن والذى لا يقتضيه هو الذى لا يجب فى العقد الا بالشرط حموى
عن البرجندى (قوله وان اختلفا فى مقدار وزن الزق) لو أبقى الشارح المتن على اطلاقه لكان أولى
لان القول للمشترى مطلقا سواء كان الاختلاف فى مقدار وزنه أو فى انه هو أو غيره بأن ادعى البائع ان
زقه غير الزق الذى جاء به المشترى كما فى العينى (قوله فالقول للمشترى) الا ان يبرهن البائع لانه ان اعتبر
اختلافا فى تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض وان فى قدر المبيع المقبوض رجع الى الاختلاف
فى قدر الثمن والقول فيه للمشترى لانكاره الزيادة والاختلاف فى الثمن وان أوجب التحالف الا ان محله
ما اذا كان قصدا لا ضمنا كما هنا لوقوعه فى ضمن الاختلاف فى الزق والفقه فيه ان الاختلاف الابتدائى
فى الثمن انما يوجب التحالف ضرورة ان كل واحد منهما يدعى عقدا آخر واما الاختلاف بناء على
اختلافهما فى الزق فلا يوجب الاختلاف فى العقد فلا يوجبه نهر وقوله اما ان يعتبر فى تعيين الزق المقبوض
يعنى المقبوض بمقتضى عقد البيع فانه هو المعتبر بخلاف قبض البائع عند رده فانه ليس كذلك رمزى
(قوله او بيعها) بأن أسلم عنها فوكل كافرا ببيعها نهر (قوله صح) أى مع كراهة التحريم ويجب عليه
ان يتصدق بالثمن نهر (قوله وقالا لا يصح) والمراد البطلان لما قال فى البرهان وتوكيل مسلم ذميا
بشراء خمر وبيعها ومحرم حلالا ببيع صيده مكروه عندنا وأبطلاه وهو الاظهر شرنبلالية لهما ان الموكل
لا يليه بنفسه فلا يوليه غيره كتوكيل المسلم مجوسيا بتزويج مجوسية ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى
الموكل فصار كانه باشره بنفسه وله ان المعتبر فى هذا الباب أهليتان أهلية الوكيل وهى أهلية التصرف
فى المأمور به وللنصرانى ذلك واهلية الموكل وهى اهلية ثبوت الحكم له وللموكل ذلك حكما للعقد لئلا يلزم
انفكاك الملزوم عن اللازم فلا يمتنع بسبب الاسلام الا ترى الى صحة ثبوت ملك الخمر للمسلم ارثا اذا اسلم مورثه
النصرانى ومات عن خمر أو خنزير وايضا العبد المأذون له النصرانى اذا اشترى خمرا ثبت الملك فيها لمولاه

صح الشراء فى التى لم يشترها من
البائع (و) لم يجز بيع (زيت على ان
يزنه بظرفه) أى بشرط ان يزن
الزيت مع ظرفه (و) يطرح عنه
أى عن مبلغ الوزن (مكان كل
ظرف خمسين رطلا وصح) البيع
(لو شرط ان يطرح عنه بوزن الظرف
وان اختلفا فى) مقدار وزن (الزق
فالقول للمشترى) مع يمينه (ولو أمر
مسلم) ذميا بشراء خمر أو بيعها صح
وقالا لا يصح وعلى هذا الخلاف
الخنزير

المسلم اتفاقا ثم الموكل به ان كان خمرا خلله وان كان خنزيرا سيبه درر وقوله لئلا يلزم انفكاك الملزوم عن اللازم الملزوم هو ثبوت الحكم للموكل واللازم تصرف الوكيل واعلم ان قول الصاحبين ينتقض بمسائل منها ان الوكيل بشراء شیء بعينه لا يملك شراءه لنفسه ومنها ان للقاضی ان يأمر ذميا ببيع خمر تركها ذمی وان لم يملك بيعها ومنها وصی الذمی اذا كان مسلما يملك ان يوكل ذميا ببيع خمره وان لم يملكه الموكل بقی ان يقال اذا كان حكم هذه الوكالة بالبيع ان لا ينتفع بالثمن وفی الشراء ان يسيب الخنزير ويريق الخمر او يخللها بقی تصرفا غير معقب لفائدة وكل ما هو كذلك ليس بمشروع فتح واجاب فی النهر بأن عدم طيب الثمن لا يستلزم عدم الصحة فان شعر الخنزير اذا لم يوجد مباح الاصل جاز بيعه وان لم يطب ثمنه واما الشراء فقد افاد فائدة فی الجملة هی تخليل الخمر ومثله لا يعد غير مشروع انتهى واقول فيه تأمل لان الشق الاول من الرد لا يشبه ما الكلام فيه اذ فرض كلام المحقق فی تصرف يكون معقبا للفائدة لا فی الصحة وعدمها حموی على ان ما ذكره فی النهر من انه اذا لم يوجد مباح الاصل جاز بيعه حكاه فی العناية بقيل فدل على ضعفه ونصه قيل اذا كان لا يوجد الا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبائع انتهى فالصحيح ما فی الزيلعی عن ابی الليث ان كانت الاساكفة لا يجدونه الا بالشراء ينبغی ان يجوز لهم الشراء لان ذلك حالة الضرورة واما البيع فيكره لانه لا حاجة اليه للبائع الخ (قوله وامة على ان يعتق المشتری الخ) شروع فی الفساد الواقع فی العقد بسبب الشرط لنهيه عليه السلام عن بيع وشرط لكن ليس كل شرط يفسد البيع بل لا بد ان لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا يتعارف وكان فيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق ولم يرد الشرع بجوازه فما يقتضيه كاشتراط تسليم الثمن او حبس المبيع الى قبضه وما يلائمه كالبيع بشرط كفيل او رهن بالثمن معينين فان لم يدفعهما خير البائع فی الفسخ او كان متعارفا كشراء نعل على ان يحذوه او لم يكن فيه منفعة لاحد كشرط ان لا يبيع الدابة المبيعة او ورد الشرع بجوازه كالبيع بشرط الخيار واذا عرف هذا فاشتراط العتق وتوابعه مما لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للمعقود عليه ولو وفی بالشرط فی العتق بعد القبض ينقلب البيع جائزا عند الامام خلافا لهما حتى يجب على المشتری الثمن وعندهما القيمة لا فی توابعه والفرق ان شرط العتق بعد وجوده يصير ملائما للعقد لانه منه للملك والشیء بانتهائه يتقرر والفاسد لا تقرر له فيكون صحيحا ولا كذلك شرط توابعه اذا وفی بها لانه يقتضی امتناع ورود الملك عليه ولم يوجد لجواز ان يحكم قاض بصحة بيعه فيتقرر الفساد واجمعوا انه لو اعتقه قبل القبض لا يعتق ولو امر المشتری البائع بالعتق قبل القبض فاعتق جاز فقدم ملك المأمور ما لا يملكه الآمر وانما كان كذلك لانه لما امره بالعتق فقد طلب منه ان يسلطه على القبض فاذا اعتق بأمره صار قبض المشتری سابقا عليه واجمعوا انه لو مات فی يد المشتری قبل العتق يلزمه القيمة قيد بكون الشرط لفظ على لانه لو كان ان فسد البيع فی جميع الصور الا اذا قال ان رضی ابی او فلان فی ثلاثة ايام وبشرط كذا بمنزلة على ولا بد ان لا يقولها بالواو حتى لو قال بعتك بكذا وعلى ان تقرضنی كذا فالبيع جائز ولا يكون شرطا وان يكون الشرط فی صلب العقد حتى لو الحقاه به لم يلتحق فی الاصح وخرج بكون الشرط فيه منفعة ما لو كان فيه مضرة كان باع ثوبا على ان يخرقه فعند محمد البيع جائز والشرط باطل وقال ابو يوسف البيع فاسد وبكون المنفعة لاحد المتعاقدين لانها لو كانت لاجنبی كاشتراطه ان يقرض البائع اجنبيا كذا فيجوز البيع وذكر القدوری انه يفسد نهر وقوله قيد بكون الشرط لفظ على لانه لو كان ان الخ يعنی ما سبق من تقييد الشرط بكونه غير ملائم وان لا يكون من مقتضيات العقد الخ ما سبق الكلام عليه من القيود انما هو بالنسبة لما اذا كان الشرط بلفظ على فان كان بلفظ ان فسد البيع فی جميع صور الشرط ولا يكون مقيدا بتلك القيود وقوله لانه يقتضی امتناع ورود الملك الخ كذا وجدته بخط السيد الحموی ووجدت بخط شيخنا رحمه الله تعالى لانه تيقن امتناع الخ وكلاهما صحيح وهو تعليل لوجه كون العتق منهيا للملك بخلاف توابعه ای انما انقلاب العقد جائزا لكون العتق منهيا للملك

(و) لم يجز بيع (أمة على) شرط (ان يعتق المشتری)

بخلاف توابعه لانه بالعتق تيقن امتناع ورود الملك عليه فيلزمه الثمن ولم يوجد هذا المعنى فی توابع العتق لعدم التيقن بامتناع ورود الملك لجواز ان يحكم قاض بصحة بيعه فيلزمه القيمة شيخنا وقوله ولو امر المشتری البائع بالعتق قبل القبض الخ تقييده بما قبل القبض لا للاحتراز عما لو كان بعده اذ الحكم لا يختلف بل ليرتب عليه قوله فقد ملك المأمور ما لا يملكه الآمر (قوله وقال الشافعی لا يجوز البيع بشرط الاعتاق) لان بيع العبد نسمة متعارف فی الوصايا ولنا انه لا يقتضيه العقد اذ هو يقتضی أی تصرف شاء لا تصرفا معينا فاشتراط مثله فيه مفسد له كاشتراط التدبير والاستيلاد والكتابة وتفسير بيع النسمة ان يبيعه ممن يعرف انه يعتقه زيلعی والنسمة من نسيم الريح سميت بها النفس وانتصاب قوله نسمة على الحال على معنى معرضا للعتق وانما صح هذا لانه لما كثر ذكرها فی باب العتق خصوصا فی قوله عليه الصلاة والسلام فك الرقبة واعتق النسمة صارت كأن الاسم لما هو بعرض العتق فعوملت النسمة معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الافعال عناية (قوله أو الا حملها) لان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه واذا لم يصح بقی شرطا فاسدا وفيه نفع للبائع والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن كالبيع بخلاف الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد حيث لا يبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء ومن فروع القاعدة بعتك هذه الصبرة الا قفيزا منها بكذا جاز وهذا القطيع من الغنم الا شاة لا يجوز وكذا كل عددی متفاوت واورد ان الخدمة يصح افرادها بالوصية ولا يصح استثناؤها بان اوصى بجارية الا خدمتها أو الا غلتها واجيب بان هذا ايراد على العكس وهی غير منعكسة وبان الوصية ليست عقدا حتى صح قبول الموصى له بعد موت الموصی وقبول العقد بعد الموت لا يصح نهر (قوله وفی العبارة تسامح) لان مقتضى العطف ان يكون التقدير أو بيع أمة على ان يستثنی حملها وليس مرادا حموی (قوله أو على ان لا يسلم الثمن) صوابه المبيع لان الاجل يختص بالديون لانه شرع للترفيه حتى يتمكن من التحصيل به دون الاعيان اذ هی حاصلة لمتعينة بالعقد فلا حاجة فيها الى التأجيل فيكون اشتراطه مفسدا زيلعی وعلى ما فی نسخة شيخنا بخطه حيث ذكر الثمن بدل الثمن لا حاجة للتصويب (قوله وصح بيع نعل على ان يحذوه الخ) أراد بالنعل الصرم واعاد الضمير عليه فی شركه للنعل بالمعنى الحقيقی على طريق الاستخدام نهر ومعنى يحذوه يقطعه بحر (قوله لا البيع الى النيروز) فساده لجهالة الاجل وهی مفضية الى المنازعة ولو باع مطلقا عن هذه الآجال ثم اجل الثمن اليها لم يفسد لكونه تأجيلا للدين والمفسد ما كان فی صلب العقد نهر عن الهداية لكن نقل عزمی عن الخانية ان البيع يفسد اذا اجله الى هذه الاوقات سواء كان فی البيع أو بعده فی الصحيح من الجواب اه (قوله والمهرجان) بكسر الميم وسكون الهاء كما فی المفتاح كلمتان ومعناهما بعد التركيب محبة ارواح شرح الحلبی وهو متعدد مهرجان العامة وهو اليوم السادس عشر من مهرماه القديم ومهرجان الخاصة وهو اليوم الحادی والعشرين منه وقد يسمى أول يوم تكون الشمس فيه فی الميزان مهرجان حموی عن البرجندی (قوله وانما خص الخ) مع انه اذا باع الى صوم اليهود فالحكم كذلك لا يتفاوت فيكون المعنى الى صوم النصارى وفطرهم والى فطر اليهود وصومهم فاكتفى بذكر احدهما نهر واقول كلام الشارح والزيلعی صريح فی ان التقييد بصوم النصارى احترازی ولهذا قال الزيلعی وقالوا اذا باع الى فطر النصارى بعد ما شرعوا فی صومهم جاز لان مدة صومهم بالايام وهی معلومة انتهى وكذا ما سيأتی فی الشارح من قوله فبعد دخول صومهم لا يعلم يوم فطرهم يفيد ان التقييد بفطر اليهود احترازی أيضا وكذا صرح فی الجوهرة بان التقييد بصوم النصارى وفطر اليهود احترازی على ما وجدته بخط الشيخ شاهين معزيا اليها ونصه فان قيل لم خص الصوم بالنصارى والفطر باليهود قيل لان صوم النصارى غير معلوم وفطرهم معلوم واليهود بعكسه انتهى واعلم ان الجواب ممكن بان يحمل كلام النهر على ما اذا صدر التأجيل الى فطر النصارى قبل شروعهم فی الصوم ولهذا قال فی التنوير بخلاف فطر النصارى بعد ما شرعوا فی صومهم

وقال الشافعی يجوز البيع بشرط الاعتاق وهو رواية الحسن عن ابی حنيفة (أو) ان (يدبر أو يكاتب أو يستولد او الا حملها) أی لم يجز بيع الامة الا حملها وفی العبارة تسامح (او على (ان يستخدمها البائع شهرا او) لم يجز بيع (دار على ان يسكن) البائع (أو) على (ان يقرض المشتری) البائع (درهما او) على ان (يهدی) المشتری (له) أی للبائع (أو) على ان (لا يسلم) المبيع (الى كذا) أی الى ذلك الشهر (و) لم يجز بيع (ثوب على) شرط (ان يقطعه) البائع (ويخيطه قميصا) للمشتری (وصح) استحسانا (بيع نعل على) شرط (ان يحذوه) البائع ويسويه (ويشركه) شرك النعل وضع الشراك على النعل وهو سيرها الذی على ظاهر القدم وقال زفر لا يجوز وهو القياس (لا البيع) أی لا يجوز البيع بثمن مؤجل (الى النيروز) معرب نوروز وهو أول يوم من نزول الشمس فی الحمل (و) الى (المهرجان) وهو أول يوم من نزول الشمس فی الميزان (و) الى (صوم النصارى وفطر اليهود ان لم يدر العاقدان ذلك) أی الاوقات وانما خص صوم النصارى وفطر اليهود لجهالتهما بيانه ان النصارى يبتدئون الصوم من نيروز ويصومون خمسين يوما ثم يعيدون والنيروز غير معلوم لا يتعين الا بظن وممارسة بعلم النجوم فربما يخطئ ويصيب اما اذا دخل صومهم فيوم فطرهم معلوم وان اليهود يصومون شهر رمضان كله ولا يفطرون يوم الفطر ويتبعون صيامهم من شوال الى تمام خمسين يوما ثم يعيدون فبعد دخول صومهم لا يعلم يوم فطرهم لانه يختلف باختلاف عدة رمضان فيحتمل ان يكون الحادی والعشرين من شوال أو الثانی والعشرين منه (و) لم يجز (الى قدوم الحاج

(قوله والحصاد) بفتح الحاء وكسرها وقرئ بهما قوله تعالى وآتوا حقه يوم حصاده (قوله والدياس) أصله دواس لانه من الدوس قلبت الواو ياء لوقوعها بعد كسرة (قوله ولو كفل الى هذه الاوقات صح) لانها جهالة يسيرة وهى محتملة فى الكفالة لكونها تبرعا الا ترى انها تحتمل فى أصل الدين بان يكفل بما ذاب على فلان ففى وصفه أولى بخلاف الفاحشة كالكفالة الى هبوب الريح اما البيع فمعاوضة مبناه على المضايقة فلا تحتمل فيه الجهالة أصلا وان كانت يسيرة والفرق بين اليسيرة والفاحشة ان اليسيرة هى ما كان فيها الاختلاف فى التقديم والتأخير ولو كان الاختلاف فى وجودها كهبوب الريح كانت فاحشة جوهرة (قوله من له الاجل) هو المشترى كذا فى الزيلعى حيث قال أى اسقطه من له الحق فيه وهو المشترى لان الاجل حقه فينفرد باسقاطه ولا يشترط فيه التراضى وقول القدورى فان تراضيا باسقاط الاجل وقع اتفاقا لا مخرج الشرط لان رضا من له الحق يكفى وكذا فى البحر والدرر وماذكره العينى من انه بالبناء للمجهول لان قول القدورى فان تراضيا على اسقاطه يوهم ان التراضى شرط وليس كذلك فان المشترى اذا اسقطه قبل ذلك جاز تعقبه فى النهر بان الظاهر بناؤه للمعلوم والحاصل انه لم يقل احد من الشراح بان البائع اذا انفرد باسقاطه يصح خلافا للحموى حيث ذكر ان أيهما اسقط الاجل صح وكانه توهم ذلك من كلام العينى حيث بنى الفعل للمجهول وقد علمت ما فيه و بفرض تسليمه فليس فيه ما يفيد الصحة اذا انفرد البائع باسقاطه بل فى كلامه ما يشير الى خلاف ذلك ثم رأيت فى حاشية نوح افندى ما ملخصه ان كان الفساد لجهالة الاجل كالبيع الى النير وز مثلا أو لشرط زائد فيه نفع لاحد المتعاقدين كالبيع على ان يقرضه مثلا فلكل واحد منهما ملك فسخه قبل القبض واما بعد القبض فيستقل بالفسخ من له منفعة الاجل أو الشرط وهذا عند محمد وقالا لكل من العاقدين الفسخ كذا ذكر هذا الخلاف فى الذخيرة والايضاح وشرح الوافى الخ ومنه يعلم ان ماذكره الزيلعى بالنسبة لمذهب محمد وماذكره الحموى بالنسبة لقولهما أو يحمل كلام الحموى على انه بالنسبة لما قبل القبض وماذكره الزيلعى يحمل على ما بعده لكن نقل ابن كمال باشا فى اصلاح الايضاح عن شرح الطحاوى ان ولاية الفسخ لصاحب الشرط ولم يحك خلافا وبه أخذ صاحب الهداية الخ وهذا مؤيد لما ذكره الزيلعى (قوله قبل حلوله) وقبل الافتراق حتى لو تفرقا قبل الاسقاط تأكد الفساد ولا ينقلب جائزا اتفاقا ابن كمال وابن ملك لجهالة فاحشة كهبوب الريح ومجئ المطر فلا ينقلب جائزا وان ابطل الاجل تنوير وشرحه عن العينى (قوله صح) لان سبب الفساد قد ارتفع بالاسقاط عينى (قوله خلافا لزفر والشافعى) لانه انعقد فاسدا فلا ينقلب صحيحا باسقاط المفسد كما اذا اسقط الدرهم الزائد عن بيع الدرهم بالدرهمين وكما اذا تزوج امرأة الى عشرة ايام ثم أسقط الاجل ولنا ان المفسد شرط خارج عن صلب العقد وهو يسير ولهذا اختلفت الصحابة فيه فينقلب صحيحا عند ازالته أو نقول انعقد موقوفا فبالاسقاط تبين انه كان جائزا على ما قاله مشايخنا وهو الصحيح لان فساده باعتبار انه يفضى الى المنازعة وقبل مجيئه لا منازعة فلا يفسد والاول قول مشايخ العراق وعلى هذا الخلاف كل عقد ينقلب صحيحا بازالة المفسد ينعقد فاسدا عندهم وموقوفا عند مشايخنا بخلاف الدرهم الزائد لان الفساد فيه فى صلب العقد لانه فى احد العوضين و بخلاف الاجل فى النكاح لانه عقد غير النكاح وهو المتعة والعقد لا ينقلب عقدا آخر زيلعى (قوله بطل البيع فيهما) أى فيما اذا جمع فى البيع بين حر وعبد وشاة ذكية وميتة وهذا لان الحر والميتة لا يدخلان فى العقد لعدم شرطه وهو المالية فيكون العقد فى الحر والميتة شرطا لجواز العقد فى العبد والذكية فيبطل (قوله وعندهما ان سمى الخ) لانه اذا بين ثمنهما صارا صفقتين فيتقدر الفساد بقدر المفسد بخلاف ما اذا لم يسم لكل واحد ثمنا لانه يبقى بيعا بالحصة ابتداء وهو لا يجوز ولهما ان الصفقة متحدة فلا يمكن وصفها بالصحة والفساد فيبطل ومبنى الخلاف ان الصفقة تتعدد عندهما بمجرد تفصيل الثمن وان لم يتكرر لفظ البيع وعنده لا بد من تكرر لفظ البيع أيضا كما سبق (قوله ووقف فى بلز ومه أولا) لانه بعد القضاء وان صار لازما

بالاجماع

و) الى (الحصاد) وهو قطع الزرع (و) الى (الدياسة والقطاف) والدياس والدياسة فى الطعام ان توطأ بقوائم الدواب والقطاف قطف العنب من الكرم (ولو كفل الى هذه الاوقات) التى لا يجوز تأخير الثمن اليها (صح وان أسقط الاجل) أى لو باع الى هذه الآجال ثم أسقط الاجل من له الاجل (قبل حلوله صح) خلافا لزفر والشافعى (ومن جمع) فى البيع (بين حر وعبد و) بين (شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما) مطلقا سواء سمى لكل واحد منهما ثمنا ولم يسم عند ابى حنيفة وعندهما ان سمى لكل واحد منهما ثمنا صح فى العبد والشاة الذكية (وان جمع بين عبد ومدبر) أو مكاتب او أم ولد (و) بين عبده وعبد غيره (و) بين (ملك ووقف

بالاجماع لكنه يقبل البيع بعد لزومه اما بشرط الاستبدال على المفتى به من قول أبى يوسف او بورود غصب عليه ولا يمكن انتزاعه نهر وهذا أى عدم تعدى الفساد من الوقف الى الملك على احدى الروايتين وهى الاصح وفى الرواية الاخرى يفسد فى الملك قيد بالوقف للاحتراز عما لو ضم المسجد الى الملك لان المسجد ليس بمال فيبطل البيع فيما ضم اليه زيلعى وقيده فى التجنيس بالعامر لان المسجد الخراب لو ضم الى الملك لم يبطل فى الملك لجواز بيع المسجد اذا خرب فى أحد القولين فصار مجتهدا فيه كالمدبر بحر وفيه عن المحيط لو باع قرية ولم يستثن ما فيها من المقابر والمساجد الاصح الصحة فى الملك لان ما فيها من المقابر والمساجد مستثنى عادة (قوله صح فى القن الخ) فيه لف ونشر مرتب ومراده من الصحة النفوذ لا الانعقاد بدون النفوذ اذ لو كان مراده ذلك لما صح الاقتصار على القن والعبد والملك اذ بيع عبد الغير موقوف واذا تقرر ان المراد من الصحة النفوذ تعين ان يكون المراد من العبد فى كلامه عبده لا عبد غيره بقى أن يقال لو اقتصر على قوله صح فى القن والملك لكان اخصر لشمول القن العبد المضموم الى المدبر والعبد المضموم الى عبد الغير بل كان الاظهر ان يقول صح فى العبد والملك اذ لاذكر للفظ القن فى الكتاب حموى عن شرح الشلبى (قوله خلافا لزفر) لان محل العقد المجموع ولا يتصور ذلك لانتفاء المحلية فى المدبر ونحوه كام الولد والمكاتب وقد جعل قبول العقد فيه شرطا لصحة العقد فى المال فيفسد كالفصل الاول والفرق بين الفصلين لابى حنيفة مطلقا ولهما اذا لم يفصل الثمن ان المدبر ونحوه يدخل تحت البيع ثم ينقض فى حقه فيقسم الثمن عليهما حالة البقاء وهو غير مفسد وفى الفصل الاول الحر ونحوه لا يدخل فى البيع أصلا ولو جاز البيع فيما ضم اليه لكان بيعا بالحصة ابتداء فلا يجوز لجهالة الثمن عند العقد بخلاف النكاح حيث يجوز نكاح المحللة فيما اذا ضم اليها المحرمة فعقد عليهما جملة لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولا بجهالة المهر والدليل على ان المدبر وأم الولد والمكاتب وعبد الغير يدخل فى البيع ان القاضى لو قضى بجواز بيع المدبر وأم الولد ينفذ وفى المكاتب ينفذ برضاه فى الاصح وفى عبد الغير باجازة مولاه وانما يخرجون من العقد بعد الدخول لاستحقاقهم أنفسهم زيلعى

(فصل فى أحكام البيوع الفاسدة) (قوله وعند البعض مضمون بالقيمة أو المثل) واختاره السرخسى وغيره وهو قول الائمة الثلاثة وفى القنية انه الصحيح لكونه قبضه لنفسه فشابه الغصب نهر فيما سبق ولانه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء (قوله قبض المشترى المبيع) ولو وكيلا والاصح ان التخلية ليست بقبض على ما فى المجتبى والعمادية وفى الخلاصة التخلية كالقبض فى البيع الفاسد وصححه فى الخانية وعم كلامه القبض الحكمى لما قدمناه من ان أمر البائع بالعتق قبله صحيح لاستلزامه القبض نهر (قوله فى البيع الفاسد) قيد به للاحتراز عن الباطل فانه لا يفيده واختلف فى بيع الوصى مال اليتيم بغبن فاحش اهو باطل او فاسد و ينبغى اجراء القولين فى استبدال الوقف بمسوغ بغبن فاحش و ينبغى ترجيح الفساد فيهما لانه اذا ملك بالقبض وجبت قيمته فلا ضرر على اليتيم والوقف فان قلت قوله فى البحر و ينبغى اجراء القولين فى استبدال الوقف فضلا عن ترجيحه القول بالفساد مخالف لما فى الشرنبلالية اول باب البيع الفاسد حيث قال لا خلاف فى بطلان بيع الوقف لانه لا يقبل التمليك والتملك وغلط من جعله فاسدا او أفتى به قلت ما فى الشرنبلالية يحمل على ما اذا لم يكن لبيع الوقف مسوغ فلا يخالف ما ذكره فى البحر حينئذ (قوله بأمر البائع) شامل لما اذا باع مكرها وسلم مكرها فانه يثبت الملك مع ان الرضا منتف فى صورة الاكراه فانه ملجئا كان أو غيره يعدم الرضى غاية الامر ان غير الملجئ لا يفسد الاختيار فالشرط هو الامر لا الرضا ومن هنا تعلم ما فى عبارة الدرر من الايهام فلو قال كما فى الكنز بامر البائع بدلا عن قوله برضا بائعه لكان أولى شيخنا عن المولى عبد الحليم (قوله وكل من عوضيه مال) أى متقوم نهر وجرى عليه بعض الافاضل ووجهه بقوله ليخرج الخمر والخنزير لانهما مال لكنه غير متقوم وتعقبه شيخنا بان هذا غفلة عما ذكره العينى هنا عقيب قول المصنف قبض المشترى المبيع فى البيع

صح) البيع (فى القن وعبده والملك) بالحصة من الثمن خلافا لزفر

(فصل) فى بيان أحكام البيع الفاسد وحكم الشئ أثره فيتبع المؤثر وحكم البيع الباطل انه ان هلك المبيع فى يد المشترى فعند البعض يهلك أمانة وعند البعض مضمونا بالقيمة واما حكم البيع الفاسد ففى هذا الفصل بيانه اذا (قبض المشترى المبيع فى البيع الفاسد بأمر البائع وكل (واحد) من عوضيه مال ملك) المشترى مطلقا سواء كان الامر صريحا أولا بان يقبض بحضرة البائع فى مجلس العقد ولا ينهاه ملك

الفاسد حيث مثل له بقوله كالبيع بالخمر فالصواب ان يراد بالمال فى كلام المصنف الاعم من المتقوم
وغيره وان أردت ايضاح ذلك فارجع الى الضابط الذى ذكره منلامسكين الذى يمتاز به الباطل عن
الفاسد واعلم ان التقييد بقوله وكل من عوضيه مال لاخراج البيع بالميتة وكل بيع باطل كالبيع مع نفى
الثمن فانه باطل فى رواية جزم بها فى الهداية مامع السكوت فاسد و يملك المبيع بالقبض موجبا القيمة
وهذا اعنى قوله وكل من عوضيه الخ مستغنى عنه بقوله فى البيع الفاسد لان فساده لا يوجد بدون هذا
الشرط لا يقال انه يوجد بدونه فى البيع المسكوت فيه عن الثمن لان أحد العوضين القيمة وهى مذكورة
حكما فكان ماذكر من كونه مستغنى عنه متجها وأجيب كما فى النهر عن سعدى بأنه لما كان الفاسد يعم
الباطل مجازا حقق اخراجه بذلك أى بقوله وكل من عوضيه مال وتعقبه الحموى بان من افراد الباطل
مالا يخرج بهذا القيد وهو بيع الخمر والخنزير بالدراهم فانه باطل مع ان كلا من عوضيه مال وعلى هذا
فلا بد من حذف هذا القيد لاقتضائه ان هذا الفرد من الباطل يكون فاسدا يملك بالقبض وليس كذلك
انتهى (قوله ملك المبيع) أظهر فى محل الاضمار فلو قال ملكه لكان أولى واعلم ان ماذكره الشارح من
انه ملك المبيع هو الاصح المختار وقيل انما يملك التصرف بتسليط البائع دون العين ولهذا لا يحل اكله
ولا لبسه ولا وطء الامة فان فعل وجب العقر ولا شفعة للشفيع وجه الاول ان الاب أو الوصى لو باع عبد
الصغير بيعا فاسدا فأعتقه المشترى نفذ عتقه وهما لا يملكان الاعتاق ولا التسليط عليه وانما لم يحل
الاكل ونحوه لما فيه من الاعراض عن الرد الواجب شرعا وفى القضاء بالشفعة تقرير الفساد نهر ومن
فوائد قوله ملكه انه لو سرقه البائع قطع به قاله الحدادى تفقها لا على انه نقل المذهب كما فى البحر وهو
مشكل ففى الظهيرية تزوجها البائع بعد قبض المشترى لم يجز وفى القنية لو لم يقبضها فزوجها البائع منه صح
وهذا يقتضى قيام شبهة ملك له فعدم القطع بالقواعد اليق نهر ويستثنى من كلامه بيع الهازل فانه فاسد
ولا يفيد الملك حموى ولهذا قال فى البحر ليس كل فاسد يملك بالقبض وأما بيع التلجئة فباطل كما فى القنية
وبيع التلجئة كما نقله شيخنا عن الخانية عبارة عن أن يبيع المالك داره مثلا من شخص بحسب الظاهر
لا فى نفس الامر لامر يخافه حتى لو تنازع المتعاقدان فاثبت البائع ماذكر فانه يقضى ببطلان البيع
(تتمة) فى الدر عن الجوهرة وشرح المجمع لا شفعة بها أى بالدار التى اشتراها فاسدا ويخالفه ما فى الزيلعى
لو اشترى دارا شراء فاسدا فبيعت بجنبها دار اخذها المشترى بالشفعة بقى أن يقال ماسبق من وجوب
العقر بوطئها مقيد بما بعد الرد كما فى الشرنبلالية عن الكمال وبما اذا لم يستولدها لانه اذا استولدها صارت
أم ولده ويغرم القيمة ولا يغرم العقر فى رواية وفى رواية عليه العقر أيضا كما فى الشرنبلالية عن غاية
البيان ثم قال فى الشرنبلالية وأقول فى لزوم العقر تأمل لان ملك المشترى حاصل بتسليط من البائع سواء
قلنا يملكه العين على الصحيح أو قلنا يملك المنفعة فقط على رأى العراقيين انتهى (قوله سواء كان الامر
صريحا أولا) يحمل على ما اذا كان قبل الافتراق أو بعده وكان قبل قبض الثمن أو بعده وكان مما يملك
بالقبض فان كان بعد الافتراق قبل القبض أو بعده وهو مما لا يملك بالقبض كالخمر والخنزير فلا بد من
صريح الاذن زيلعى ففى اطلاق الشارح مؤاخذة ومن هنا يعلم ان قول العينى ولا بد من اذن صريح بعد
الافتراق وقبله فى المجلس يكتفى بالدلالة غير صحيح على اطلاقه لما علمت من التفصيل (تتمة) أمر البائع
أن يعمل فيه عملا ينقصه أولا كالقصارة والغسل بأجرة أو بغير اجرة فما كان ينقصه فهو قبض وما لا فلا
وللبائع الاجر فى الوجهين هلك المبيع او لا ولو بر اخلطه البائع بطعام المشترى بأمره صار قابضا وعليه مثله
نهر عن السراج وجامع الفصولين وفى قوله كالقصارة والغسل لف ونشر مشوش (قوله بقيمته) هذا اذا
تعذر رده بموت أو غيره والواجب قبله انما هو رد العين والقول فى القيمة للمشترى مع اليمين والبينة للبائع نهر
(قوله و بمثله) ففى كلام المصنف قصور وقال فى النهر قيل أراد بالقيمة البدل وعليه فلا قصور فى كلامه
(قوله يوم القبض) لان به يدخل فى ضمانه فلا تعتبر زيادة قيمته كالمغصوب در (قوله يوم اتلف) لانه

(البيع بقيمته) فى ذوات القيم وبمثله فى ذوات الامثال وتعتبر قيمته يوم القبض وقال محمد تعتبر قيمته يوم
ا زا ع

بالاتلاف يتقرر عليه ضمانه عينى (قوله وقال الشافعى لا يملكه الخ) لانه محظور فلا تنال به نعمة الملك
ولان النهى ينسخ المشروعية لتناف بينهما ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كالبيع بالميتة ولنا ان ركن
البيع صدر من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده والنهى عن الامور الشرعية يقرر المشروعية
لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك انما المحظور ما اتصل به وصفا وعدم ثبوت
الملك قبل القبض حذار تقرير الفساد والميتة ليست بمال فانعدم الركن درر (قوله لان الملك لا يثبت
الخ) لئلا يثبت له الملك بلا عوض اذ المسمى لا يجب للفساد المتصل به فوجوب الامتناع عن المطالبة أولى
ولان السبب قد ضعف لاقترانه بالقبح فيشترط اعتضاده بالقبض فى افادة الحكم بمنزلة الهبة (قوله
والخنزير) صوابه والحر لان الخنزير مال حموى (قوله ولكل منهما فسخه) أى يجب على كل واحد منهما
فسخه رفعا للفساد فاللام بمعنى على كما فى قوله تعالى وان أسأتم فلها ووارثه يخلفه ولا يشترط القضاء واذا
اصر على امساكه وعلم به القاضى فله فسخه حقا للشرع نهر اطلقه فعم ما لو كان الفساد قويا بان كان فى صلب
العقد ولم يكن بان كان بشرط زائد كالبيع الى أجل مجهول وهذا عندهما خلافا لمحمد فى الثانى فان حق
الفسخ لمن له منفعة الشرط دون من عليه كما سيذكره الشارح وفى القنية كل مبيع فاسد رده المشترى على
بائعه بهبة أو صدقة أو بيع أو بوجه من الوجوه كعارة واجارة وغصب ووقع فى يد بائعه فهو متاركة وبرئ
المشترى من ضمانه انتهى وكذا لو اشتراه وكيل البائع برئ المشترى اذا سلمه اليه وكذا لو رده الى البائع
برهن وكذا فى بيع موقوف بان غصب قنا فباعه من رجل ثم اشتراه غاصبه بأقل مما باع يكون فسخا
للبيع الاول والزيادة للمشترى لا للغاصب ولا لمالكه وعن محمد شراه بدراهم فاسدا ثم باعه بدنانير من
بائعه يكون فسخا اذا قبض لا قبله كذا فى جامع الفصولين وفيه ان المشترى فاسدا اذا وهب المشترى من
غير بائعه أو باعه فوهبه ذلك الرجل الى البائع الاول وسلمه لا يبرأ المشترى عن قيمته لانه لم يصل اليه
بالجهة المستحقة والاصل ان المستحق بجهة اذا وصل الى المستحق بجهة أخرى ان وصل من المستحق عليه
بفتح الحاء اعتبر واصلا والا فلا بحر فان قلت ماسبق عن القنية من قوله وغصب فيه تأمل اذ ماذكر من رد
المشترى على البائع لا يشمل صورة الغصب لعدم الرد فيه الا أن يقال أراد بالرد عليه وصول المبيع الى يد
البائع مطلقا الا بقيد كونه فى ضمن الرد عليه فان قلت ما المراد بالمشترى فى قوله والزيادة للمشترى الخ قلت
أراد به المشترى الاول الذى اشتراه من الغاصب بالف مثلا ثم اشتراه الغاصب منه بخمسمائة مثلا فان
العقد الثانى يجعل فسخا للاول ويرد الغاصب ما بقى فى يده من ثمنه الاول للمشترى وهذا هو المراد من قوله
والزيادة للمشترى والدليل على ارادة المشترى الاول قوله لا لغاصبه ولا لمالكه (قوله بمحضر من الآخر) أى
بعلمه رضى أم لا لان فيه الزامه فلا يلزمه بدون علمه فلو رده المشترى للفساد فلم يقبله البائع فرده المشترى الى
منزله فهلك ففى البحر عن القنية لا يلزمه الثمن ولا القيمة وقيده ابن سلام بان يكون الفساد متفقا عليه فان
كان مختلفا فيه لا يبرأ الا بقبوله أو قضاء القاضى وقال أبو بكر الاسكاف يبرأ فى الوجهين وما قاله ابن سلام
اشبه فلو مات البائع وعليه دين آخر فالمشترى أحق به من الغرماء كما فى الصحيح بعد الفسخ ولو مات المشترى
فالبائع أحق من سائر الغرماء بماليته نهر عن البزازية وقيده شيخنا عن شيخه الشيخ شاهين بما اذا مات قبل
القبض وأما بعده فهو كسائر الغرماء كما صرحوا بذلك فى الحجر انتهى فان قلت اذا مات المشترى بعد قبض
البائع لم يبق له شئ جهة الميت حتى يكون كسائر الغرماء فيه قلت يحمل على ما اذا كان الذى قبضه البائع
وهو المسمى دون قيمته فيكون اسوة الغرماء فيما بقى له من تمام القيمة لان الواجب فى البيع الفاسد انما هو
القيمة لا الثمن هكذا ينبغى ان يفهم هذا والا فهو مشكل (قوله عند محمد) اقتصر عليه فى الهداية وعلله
فى الذخيرة بأنه يقدر على اسقاط الشرط فيصح العقد نهر بقى أن يقال مقتضى قصر خلاف محمد على ما اذا
كانت منفعة الشرط لاحد المتعاقدين انه لا خلاف له فيما اذا كانت المنفعة للمعقود عليه فتكون ولاية
الفسخ لكل منهما حموى عن البرجندى (قوله وعندهما لكل واحد من المتعاقدين الفسخ) بعلم

وقال الشافعى لا يملكه وان قبضه باذنه وانما قيد بقوله قبض لان الملك لا يثبت فى البيع الفاسد بدون القبض وقيد بقوله بأمر البائع لانه لو قبضه بدون أمره لا يملكه وقيد بقوله وكل من عوضيه مال لانه ان لم يكن أحد العوضين مالا كالميتة والدم والخنزير لا يثبت الملك ثم هذا اذا لم يكن للبائع خيار (ولكل) واحد (منهما فسخه) قبل القبض بمحضر من الآخر وكذا بعد القبض اذا كان الفساد فى صلب العقد بأن باع عبدا بخمر أو خنزير وان كان الفساد بشرط زائد بأن باع الى أجل مجهول فحق الفسخ لمن له الشرط دون من عليه عند محمد وعندهما لكل واحد من المتعاقدين الفسخ (الا ان يبيع المشترى قبل) الفسخ

(أو يهب) المبيع (أو يحرر أو يبنى) أى لو بنى فى دار اشتراها شراء فاسدا أو اتخذها مسجدا عليه قيمتها وينقطع حق الاسترداد عند أبى حنيفة وعندهما ينقض البناء ويرد الدار على صاحبها (أو يأخذ الشفيع) بقيمتها عند أبى حنيفة وعندهما لا شفعة فيها والغرس على هذا الخلاف (وله) أى للمشترى (ان يمنع المبيع عن البائع) بعد الفسخ

صاحبه فى الكل عند الامام خلافا لابى يوسف فيما اذا كان بعد القبض وكان الفساد لمعنى فى أحد البدلين كبيع درهم بدرهمين ففيه يجوز بغير علم الآخر نهر (قوله الان يبيع المشترى فيمتنع الفسخ) لتعلق حق العبد بالثانى ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته واطلاقه يعم ما اذا لم يقبضه المشترى لكنه مقيد بقيود الاول ان لا يكون فيه خيار شرط الثانى ان يكون صحيحا فلو كان فاسدا لم يمتنع الفسخ الثالث ان يكون من غير بائعه فلو باعه منه كان نقضا للاول وشرط فى المحيط ان يقبضه البائع ولم يشترطه قاضيخان وجزم به فى البزازية وأفاد فيها ان الفساد لو كان للاكراه تنقض تصرفات المشترى كلها بخلاف سائر البياعات الفاسدة والمستأجر فاسدا يملك الاجارة بعد القبض صحيحة هو الصحيح لان للمؤجر نقض الثانية لانها تفسخ بالاعذار نهر (قوله او يهب المبيع ويسلمه) او يتصدق به او يرهنه لما قلنا ان الحاصل ان تصرفاته كلها نافذة فيه ينقطع بها حق البائع فى الاسترداد سواء كان تصرفا يقبل الفسخ أو لا يقبله الا الاجارة والنكاح لانها تفسخ بالعذر وفساد الشراء عذر والنكاح بعد الفسخ يبطل فى قول أبى يوسف هو المختار كما فى الولوالجية فما فى الزيلعى من انه يبقى بعد الفسخ قول محمد ولو زال المانع كان رد المبيع بقضاء او رجع الواهب ولو بغير قضاء أو فك الرهن او عجز المكاتب عاد حق الفسخ هذا اذا كان قبل القضاء بالقيمة على المشترى أما بعده فلا يعود نهر واعلم ان المهر للمشترى ان كان قد دخل بها فى ملكه وان لم يدخل بها حتى ردت على البائع فللبائع شيخنا (قوله او يحرر) ومثل التحرير توابعه من التدبير والكتابة والاستيلاد وكذا الوقف الصحيح كما جزم به الخصاف لانه استهلكه حين وقفه وأخرجه عن ملكه وما فى جامع الفصولين من انه اذا وقفه او جعله مسجدا لا يبطل حق الفسخ ما لم يبن ضعيف در ونهر (قوله او يبنى) شروع فيما يمنع حق الاسترداد من الافعال الحسية بعد الفراغ من القولية وكذا كل زيادة متصلة غير متولدة كصبغ وخياطة وطحن حنطة ولت سويق وغزل قطن وجارية علقت منه فلو منفصلة كولد أو متصلة متولدة كسمن فله الفسخ ويضمنها بالاستهلاك سوى منفصلة غير متولدة وفى جامع الفصولين لو نقص فى يد المشترى بفعل المشترى أو المبيع او بآفة سماوية أخذه البائع مع الارش ولو بفعل البائع صار مستردا ولو بفعل أجنبى خير البائع ان شاء أخذه من المشترى وهو يرجع على الجانى وان شاء اتبع الجانى وهو لا يرجع على المشترى كالغصب واعلم انه فى الدر لم يحك خلافا فى كون الصبغ يمنع حق الاسترداد وهكذا فى النهر لكن ذكر الزيلعى أنه روى عن محمد ان البائع بالخيار ان شاء أخذه وأعطى ما زاد فيه الصبغ وان شاء ضمنه قيمته كما فى الغصب انتهى (قوله وعندهما يقلع البناء الخ) لان حق الشفيع أضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتأخير ولا يورث بخلاف حق البائع ثم حق الشفعة مع ضعفه لا يبطل بالبناء والغرس فهذا أولى وله ان البناء والغرس حصل بتسليط البائع وهما مما يقصد به الدوام فينقطع حقه فى الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يسقط ببيع المشترى وهبته فكذا ببنائه زيلعى (قوله ويأخذ الشفيع الخ) لانقطاع حق البائع بالبناء عنده وبانقطاعه تجب الشفعة بخلاف ما قبل البناء حيث لا شفعة فيها لعدم انقطاع حق البائع (قوله بقيمتها) وكذا اذا باعه المشترى يأخذه بالقيمة ان اختار الاخذ بالبيع الاول ونقض الثانى وان شاء أخذه بالبيع الثانى بثمنه لانه بيع صحيح فامكن ايجاب ثمنه فاذا أخذه هنا بالشفعة نقض البناء والغرس كما يفعل فى البيع الصحيح ولا يقال اذا نقض الشفيع البناء عاد حق الاسترداد لزوال المانع لانا نقول ينقضه بعد ما دخل فى ملكه وملكه مانع من الاسترداد زيلعى (قوله وعندهما لا شفعة) لان بناء المشترى لا يقطع حق البائع عندهما (قوله وله ان يمنع المبيع بعد الفسخ الخ) اعتبارا للفاسد بالجائز اذا تفاسخا وعلى هذا الاجارة والرهن الفاسدان وان مات البائع او المؤجر أو الراهن فالمشترى والمستأجر والمرتهن أحق بما فى يده من العين ويقدم على تجهيزه وغرمائه عينى الا ان الرهن مضمون بقدر الدين والمشترى بقدر ما أعطى فما فضل فللغرماء نهر عن الفتح وقوله بقدر ما أعطى مخالف

(حتى يأخذ) المشترى (الثمن منه) أى من البائع (وطاب للبائع ما ربح لا للمشترى) أى لو اشترى أمة شراء فاسدا بألف درهم وتقابضا وربح كل واحد منهما فيما قبض طاب للبائع ما ربح من الثمن ولا يطيب للمشترى ما ربح فيها بل يتصدق بالربح (ولو ادّعى) شخص (على) شخص (آخر دراهم فقضاها اياه) وتصرف القابض فيه وربح (ثم تصادقا انه لا شئ عليه طاب له) أى للمدعى (ربحه وكره النجش) بفتحتين وهو ان تستام السلعة بازيد من ثمنها وأنت لا تريد شراءها ليراك الآخر فيقع فيه وكذلك فى النكاح وروى بالسكون أيضا كذا فى المغرب (و) كره (السوم على سوم غيره) وهو ان يزيد فى الثمن بعد تقرره لا لارادة الشراء وهذا اذا رضى العاقدان على ثمن فاما اذا ساومه بشئ لم يركن أحدهما الى صاحبه فلا بأس للغير ان يساومه ويشتريه لانه من بيع من يزيد ولا بأس به (و) كره (تلقى الجلب) يقال جلب الشئ اذا نقله من بلد الى بلد (وهو) يحتمل ان يكون

لما فى العناية حيث قال والمبيع مضمون بجميع قيمته انتهى (قوله حتى يأخذ الثمن) أى المنقود لان المبيع متقابل به فيصير محبوسا به كالرهن فان كان قائما أخذ عينه لتعين الدراهم فى البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كان مستهلكا أخذ مثله بحر عن الهداية ولو لم يكن منقودا كما اذا اشترى من مدينه عبدا بدين سابق شراء فاسدا وقبضه بالاذن فأراد البائع أخذه بحكم الفساد فليس للمشترى حبسه لاستيفاء ماله عليه من الدين والاجارة والرهن الفاسدان على هذا فله ان يسترد العبد قبل ايفاء الاجرة وليس للمستأجر الحبس بها وكذا للراهن استرداد الرهن قبل ايفاء ما كان للمرتهن من الدين ولا يملك المرتهن حبسه به بخلاف ما اذا كان العقد صحيحا فى الابواب الثلاثة والفرق ان البيع اذا أضيف الى الدراهم لا يتعلق بعين تلك الدراهم وانما يتعلق بمثلها فى الذمة جائزا أو فاسدا الا ان فى الجائز يثبت الملك فى الثمن بمجرد العقد فاذا وجب للمديون على المشترى مثل الدين صار الثمن قصاصا لاستوائهما قدرا ووصفا فيصير البائع مستوفيا دينه بطريق المقاصة فاعتبر بالاستيفاء حقيقة وتم للمشترى حق حبس المبيع الى ان يستوفى الثمن كذا هنا وفى الفاسد لم يملك الثمن بل تجب قيمة المبيع عند القبض والقيمة قبل القبض غير متقررة لاحتمال السقوط كل ساعة بالفسخ ولان القيمة قد تكون من جنس الدين وقد لا تكون ودين المشترى على البائع متقرر والمقاصة انما تكون عند استواء الواجبين وصفا ولهذا لا تقع المقاصة بين الحال والمؤجل ولا بين الجيد والردئ فاذا لم تقع المقاصة لم يصر البائع مستوفيا الثمن أصلا فلا يكون للمشترى حق حبس المبيع بعد فسخ البيع شرح الوافى للمصنف فان قلت فى قوله بخلاف ما اذا كان العقد صحيحا فى الابواب الثلاثة تأمل اذ كيف تثبت ولاية الاسترداد للبائع والمؤجر والراهن اذا كان البيع والاجارة والرهن صحيحا لان صحة هذه العقود مانعة من الاسترداد قلت لم أر شيئا فى ذلك والظاهر ان ذلك انما يتصور بعد الاقالة فتدبر (قوله وطاب للبائع ما ربح لا للمشترى) أى لو اشترى شيئا يتعين بالتعيين بما لم يتعين كالدراهم والدنانير وربح كل واحد منهما طاب للبائع ما ربح فى الثمن ولم يطب للمشترى ما ربح فى المبيع لان العقد يتعلق بما يتعين فيتمكن الخبث فيه ولا يتعلق العقد الثانى بما لا يتعين بل يجب مثله فى الذمة فلا يتمكن الخبث فيه فلا يجب التصدق به هذا فى الخبث الذى لفساد الملك وان كان الخبث لعدم الملك كالمغصوب والامانات اذا خان فيها المرتهن فانه يشمل ما يتعين وما لا يتعين عند أبى حنيفة ومحمد كالمودع والغاصب اذا تصرف فى العرض او النقد وربح تصدق بالربح عند أبى حنيفة ومحمد زيلعى ودرر ومعنى قوله فى الدرر وربح أى فضل ربح بعد ان أدّيا ضمانهما كما فى النهر أى ادى المودع والغاصب ضمان العرض والنقد وفى هذا المقام كلام يعلم بمراجعة الدرر والعناية تركناه خوف الاطالة (قوله طاب له ربحه) لان الخبث لفساد الملك هنا لان الدين وجب بتصادقهما ولا فلكه ثم ظهر بالتصادق انه لا دين عليه وبدل المستحق مملوك ألا ترى انه لو باع عبدا بجارية فأعتقه المشترى ثم استحقت الجارية لا يبطل العتق فى العبد ولولا انه مملوك لبطل وكذا اذا حلف لا يفارقه حتى يستوفى حقه فباعه المديون عبد الغير بذلك الدين ثم استحق العبد لا يحنث وفى الفتح لو تعمد الكذب فى دعواه الدين لا يطيب له ربحه لعدم ملكه أصلا وقواه فى النهر (قوله وكره النجش) ألحقه بالفاسد لكون الكراهة فى هذه المواضع تحريمية وأخره لانه أدنى حالا منه فى فساد العقد لان الفساد فيه لمعنى لا فى صلب العقد ولا فى شرائط الصحة فكان صحيحا وهذا أى ما ذكره من الكراهة محمول على ما اذا كان الطالب يطلبها بقيمتها فان طلبها بما نقص لا بأس بان يزيد الى ان تبلغ قيمتها نهر ولو أبدل قوله لان الفساد الخ بقوله لان الكراهة فيه لمعنى لا فى صلب العقد الخ لكان أولى (قوله والسوم على سوم غيره) ولو ذميا او مستأمنا وذكر الاخ فى الحديث ليس قيدا بل لزيادة التنفير در عن النهر وكذا ذكر الاخ فى حديث النهى عن الغيبة ليس قيدا أيضا فغيبة الذمى كالمسلم لكن ما سبق من قوله او مستأمنا ذكره فى النهر بلفظ ينبغى (قوله لان هذا بيع من يزيد) دليل جوازه ما ورد من انه عليه السلام أتاه رجل من الانصار يسأله صدقة فقال أما فى

يبتك شئ فقال بلى حلس ألبس بعضه وابسط بعضه وقعب نشرب فيه الماء فقال ائتنى بهما فأخذهما عليه الصلاة والسلام وقال من يشترى هذين فقال رجل انا آخذهما بدرهم قال من يزيد على درهم مرتين اوثلاثا فقال رجل أنا آخذهما بدرهمين فأعطاهما اياه نهر والحلس بالحاء المهملة المكسورة وفى الصحاح الحلس للبعير كساء رقيق يكون تحت البرذعة وحكى أبو عبيد حلس وحلس مثل شبه وشبه وفى الحديث كن حلس بيتك أى لاتبرح (قوله جمع الجالب) وهو من يجلب النعم من موضع الى موضع للبيع وقد يتوسع فيه فيطلق على من يجلب الاقوات الى البلد ان حموى عن البرجندى (قوله الااذا لبس السعر على الواردين) حاصله انه اذا لبس السعر كره مطلقا ضر بأهل البلد ام لا وان لم يلبس يتظر ان ضر بأهل البلد كره أيضا والا فلا (قوله وهو يبيع من اهل البدو) قلت فعلى هذا تكون اللام فى قول المصنف للبادى بمعنى من حموى (قوله وقيل صورته الخ) هذا التفسير هو الاصح كما فى المجتبى ولهذا عدى باللام لا بمن در (قوله وعند أذان الجمعة) للنهى عنه ولان فيه اخلالا بواجب السعى ولهذا قال أبو اليسر لو تبايعا وهما يمشيان فلا بأس به وتبعه فى الدرر واستشكله الزيلعى بان الله سبحانه وتعالى نهى عن البيع مطلقا فمن جوزه فى بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ فلا يجوز قال فى الحواشى السعدية وفيه بحث ولعل وجهه ان النهى حيث كان معللا بالاخلال بالسعى فاذا انتفى انتفى نهر وقد خص منه من لا جمعة عليه در واعلم ان الآية ليس فيها نهى وانما فيها الامر بترك البيع لكن لما كان الامر بتركه مستلزما للنهى عنه أطلق الامر على النهى حموى (قوله والمعتبر الاذان الاول) على المختار زيلعى (قوله ولا يفرق البائع) يعنى المسلم حرا كان أو مكاتبا أو مأذونا له فى التجارة بخلاف الكافر لان الكفار غير مخاطبين بالشرائع زيلعى عبر بالنفى مبالغة فى المنع اذ قد ورد عن أبى موسى قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم من فرق بين الوالدة وولدها وبين الاخ وأخيه والمراد التفريق ببيع أو هبة أو قسمة ميراث او غنيمة او وصية فيجوز باعتاق وتوابعه ولو على مال او ببيع ممن حلف بعتقه اوكان بحق كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين او باتلاف مال انسان أو رده بالعيب ومن التفريق بحق ما فى البحر عن المبسوط ذمى له عبد له امرأة امة فولدت منه فأسلم العبد وولده صغير فانه يجبر على بيع العبد وابنه وان كان تفريقا بينه وبين أمه وكذا لا بأس بالتفريق اذا لم يجتمعا فى ملكه بان كان أحدهما لطفله او لمكاتبه وكما يكره التفريق ببيع يكره بشراء الا من حربى تنوير وشرحه وان تعدد محارمه وأحدهما اقرب كام مع خالة او عمة لم يعتد بالابعد وان استويا فى الدرجة والجهة كعمتين او خالتين شقيقتين اولاب اولام يكتفى باحدهما معه وان اختلفت الجهة كأب وأم او أخت لاب وأخت لام لم يبع واحدا منهما الا ان له بكل واحد منهما استئناسا خلاف الاستئناس بالآخر واعلم ان البيع ينفذ فى الكل لان النهى لغيره وهو ما فيه من ايحاش الصغير او الاضرار بأهل البلد أو بالواردين اذا لبس السعر عليهم ونحو ذلك فلا يوجب الفساد وعن أبى يوسف انه يفسد البيع فى قرابة الولاد ويجوز فى غيره وعنه انه يفسد فى الجميع زيلعى (تتمة) يصح شراء كافر مسلما او مصحفا مع الاجبار على اخراجهما عن ملكه در (قوله وذى رحم محرم) سواء كان صغيرا او كبيرا نهر وسواء كان كافرا او مسلما او احدهما مسلم والآخر كافر مفتاح وهذه الكراهة تمتد الى البلوغ وقال بعض مشايخنا اذا راهق الصغير ورضيا ان يفرق بينهما لا بأس بذلك حموى عن البرجندى (قوله فلا يدخل فيه محرم الخ) لان المراد بذى الرحم المحرم ما كانت القرابة فيه مؤيدة بالمحرمية (قوله بخلاف الكبيرين والزوجين) لانه ليس فى معنى ما ورد فيه النص على خلاف القياس فلا يلحق به والحاصل ان النص ورد فى منع تفريق صغير عن ذى رحم محرم منه فالكبيران والزوجان ليسا فى معنى المنصوص عليه فيجوز تفريقهما ولا يجوز ان يثبت فيهما المنع الحاقا بالمنصوص عليه بالدلالة لان النص ورد على خلاف القياس فلا يلحق به غيره بالدلالة وقد صح ان المقوقس القبطى أهدى له صلى الله عليه وسلم مارية وسيرين بفتح السين المهملة وبغلة وكانتا أختين ففرق صلى الله عليه وسلم بينهما حيث تسرى بمارية

جمع الجالب كالخدم جمع الخادم ويحتمل ان يكون بمعنى المجلوب كالنثر بمعنى المنثور فالمجلوب اذا قرب من بلد تعلق به حق العامة فيكره ان يستقبله البعض ويشتريه ويمنع العامة عن شرائه وهذا انما يكره اذا كان يضر بأهله وان كان لا يضر بأهل البلد فانه لا يكره الا اذا لبس السعر على الواردين واشترى منهم بأرخص من سعر المصر وهم غير عالمين به فحينئذ يكره (و) كره بيع (الحاضر للبادى) هذا اذا كان أهل البلد فى قحط وهو يبيع من أهل البدو رغبة فى الثمن الغالى وقيل صورته ان يجئ البادى بالطعام الى مصر فيتوكل الحاضر للبادى ويبيع الطعام ويغلى السعر على الناس فانه منهى عنه (و) كره (البيع عند أذان الجمعة) وبعده الى ان تتم الجمعة والمعتبر الاذان الاول بعد الزوال (لا بيع) أى لا يكره (بيع من مزيد ولا يفرق) البائع (بين صغير وذى رحم محرم منه) فلا يدخل فيه محرم غير قريب كالرضاع والمصاهرة ولا قريب غير محرم كاولاد العم والعمات (بخلاف الكبيرين والزوجين) مطلقا سواء كانا صغيرين أولا فانه لا يكره تفريقهما

واعطى

واعطى لحسان الاخرى كذا فى حاشية نوح أفندى ووجد معزيا للمناهيه ما نصه قد تنزل التثنية والجمع منزلة المفرد والتثنيتان والجمعان منزلة المثنى والجمع فيرجع اليه ضمير التثنية ومن الاول قولهم الكبيران والزوجان ليسا فى معنى المنصوص عليه فيجوز تفريقهما والقياس ليسو فى معنى المنصوص فيجوز تفريقهم ومن الثانى قولهم البلاد والقصبات لا تجوز الجمعة فيهما والقياس فيها قال الله تعالى أولم ير الذين كفروا ان السموات والارض كانتا رتقا ففتقناهما والقياس كانت رتقا ففتقناها انتهى والذى يظهر ان يقال بدل قوله قال الله تعالى وقول الله أى ومن الثانى قول الله تعالى الخ (تتمة) فسخ المكروه واجب على كل منهما أيضا صونا لهما عن المحظور نهر عن النهاية ويخالفه ما فى الدرر من قوله ولا يجب فسخه لان وجوبه فى الفاسد لرفع الحرمة ولا حرمة ههنا انتهى وذكر نوح أفندى من باب الاقالة عن فتح القدير ان وجوب الفسخ هو الحق لان رفع المعصية واجب بقدر الامكان انتهى واعلم ان الفرق بين المكروه والفاسد من وجهين كما فى الدرر الاول ان الملك فى المكروه يثبت قبل القبض لما مر من ان عدم ثبوت الملك قبل القبض فى الفاسد حذار تقرير الفساد المجاور ولا فساد ههنا الثانى اذا هلك المقبوض فى يد المشترى يجب الثمن لان وجوب المثل أو القيمة فى الفاسد لكونه فى حكم الغصب وهنا ليس كذلك انتهى

(باب الاقالة)

(باب الاقالة) وهى فى اللغة رفع واسقاط

ندب اليها بما يوجب التحريض عليها اخبارا أو دعاء عناية وقوله بما يوجب التحريض عليها يعنى به ما ورد من قوله عليه السلام من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيمة والبيعة هى البيع نوح أفندى والعثرة الزلة وقد عثر فى ثوبه يعثر عثارا بالكسر يقال عثر به فرسه فسقط وعثر عليه اطلع وبابه نصر ودخل مختار صحاح وركنها الايجاب والقبول بلفظين ماضيين كالبيع عند محمد وهو المختار كما فى الخلاصة واعتبرها أبو يوسف بالنكاح فقال تنعقد بلفظين ماضيين او احدهما مستقبل كاقلنى فقال اقلتك وهو مشكل لانه يقول انها بيع كما سيجئ والبيع لا ينعقد بذلك وجوابه انه اغا لم يعطها حكمه لان المساومة لا تجرى فيها فحمل اللفظ أى لفظ الامر على التحقيق بخلاف البيع نهر وتنعقد بالتعاطى ولو من أحد الجانبين هو الصحيح كما فى البزازية خلافا لما فى السراجية در ويشترط لها رضا المتعاقدين لان الكلام فى رفع عقد لازم وأما رفع ما ليس بلازم فلمن له الخيار بعلم صاحبه لا برضاه بحر واعلم ان التقييد بلزوم العقد يخرج الفاسد والمعيب ولهذا قال فى خزانة المفتين ان الرد فى البيع الفاسد وفى المعيب يمنع الاقالة ويشترط بقاء المحل قابلا للفسخ فلو زاد زيادة تمنع الفسخ لم تصح خلافا لهما حموى ونهر والزيادة التى تمنع الفسخ زيادة متصلة غير متولدة من الاصل كالصبغ والخياطة ومنفصلة متولدة كالولد والثمر شيخنا وكذا يشترط اتحاد المجلس وفرع عليه فى البحر ما فى القنية جاء الدلال بالثمن الى البائع بعد ما باعه بالامر المطلق فقال البائع لا أبيعه بهذا الثمن فاخبر به المشترى فقال أنا لا اريده أيضا لا ينفسخ لانه ليس من الفاظ الفسخ ولان اتحاد المجلس فى الايجاب والقبول شرط فى الاقالة ولم يوجد انتهى ويشترط قبض بدلى الصرف فى اقالته وان لا يهب البائع الثمن للمشترى قبل قبضه در أى قبل قبض الثمن شيخنا وان لا يكون باكثر من القيمة فى بيع مأذون ووصى ومتول وان لا يكون باقل منها فى شرائهم نهر وتصح اقالة المتولى ان خيرا للوقف والا لا والاصل ان من ملك البيع ملك اقالته الا فى خمس الثلاثة المذكورة والوكيل بالشراء قيل وبالسلم ولا اقالة فى نكاح وطلاق وعتاق وابراء در قال وتجب فى عقد مكروه وفاسد بحر وفيما اذا غره البائع يسيرا نهر بحثا فلو فاحشا فله الرد انتهى ولم يظهر لى وجه وجوب الاقالة فيما اذا غره البائع يسيرا ولعل الوجوب بالنسبة للبائع بمعنى ان المشترى اذا طلب منه الاقالة يجب ان يقيله لرفع معصية الغرور وفى كون الاقالة

تجب فى الفاسد نظر ووجهه ان الاقالة يشترط لها رضا المتعاقدين وهو ليس بشرط فى فسخ الفاسد لما سبق من ان لكل منهما فسخه بدون رضا الآخر وقدمنا ان للقاضى فسخه ايضا جبرا عليهما والعجب من صاحب البحر حيث ذكر أوّلا ان الاقالة يشترط لها رضا المتعاقدين ولو فى المكروه بخلاف الفاسد حيث لا يتوقف الفسخ فيه على التراضى لتحققه امامن أحدهما أو من القاضى جبرا ثم ذكر ماينافى هذا بقوله ان الاقالة تشمل كل عقد صحيحا كان أو مكروها أو فاسدا ثم ظهر لى ما به يندفع التنافى بان يقال ماذكره من شمول الاقالة للفاسد ليس هو باعتبار معناها الشرعى بل باعتبار معناها اللغوى الذى هو مطلق الفسخ والرفع لا بقيد كونه مع التراضى دل على ذلك قوله فاشترك المكروه والفاسد فى وجوب الرفع اه يعنى الرفع مطلقا (قوله وفى الشرع عبارة عن رفع العقد) فلهذا أخرها عنه لان رفع الشئ يستدعى سابقة وجوده والمراد عقد البيع والاجارة ونحوهما وقصره فى النهر وغيره كالتنوير والدرر على الاوّل وكانه لخصوص المقام ولا يتعين فى الاقالة بالقول لفظها حتى لو قال تركت البيع وقال الآخر رضيت أو اجزت تمت ويجوز قبول الاقالة دلالة بالفعل كما اذا قطعه قميصا فى فور قول المشترى أقلتك وتنعقد بفاسختك وتاركتك كذا ذكره الكمال ولو أبدل قوله فى فور قول المشترى الخ بقوله فى مجلس المشترى لكان أولى فان قلت يخالفه مافى الجوهرة حيث قال ولا تصح الا بلفظ الاقالة حتى لو قال البائع للمشترى بعنى مااشتريت منى بكذا فقال بعت فهو بيع بالاجماع فيراعى فيه شرائط البيع انتهى قلت قال فى الشرنبلالية ليس المراد حصر جوازها بلفظ الاقالة دون المتاركة أو الدلالة بل الاحتراز عن عدم حصولها بلفظ البيع انتهى (قوله وقيل انه مشتق الخ) أى فعل الاقالة شيخنا (قوله واقسط) أى زال الجور ومنه أشكى اذا أزال شكواه زيلعى (قوله وهو غلط الخ) ولان قلته بضم القاف من القول لا يعمل الا فى جملة أو مفرد يؤدى معنى الجملة وأصله أى اصل قلت بضم القاف قولت بالفتح ولا يجوز ان يكون بالضم لانه يتعدى كما فى الصحاح لكنه عند اتصال ضمير المتكلم به نقل الى باب فعل دلالة على العين المنقلبة الفا ثم نقلت ضمة العين الى الفاء وحذفت العين لالتقاء الساكنين شيخنا (قوله لانهم قالوا قلت) يعنى بكسر القاف وان كان قليلا والكثير أقلته نهر وهو يدل على ان عينه ياء ولو كان من القول لقيل قلته بالضم وقد قالوا اقاله البيع قيلا وهذا أدل من الاوّل زيلعى وأصل قال قيل قلبت الياء الفا فصار قال وعند اتصاله بضمير المتكلم نقل فعل بفتح العين من اليائى الى فعل بالكسر دلالة عليها ونقلت الكسرة الى الفاء وحذفت العين لالتقاء الساكنين شيخنا (قوله هى فسخ فى حق المتعاقدين مطلقا) أى قبل القبض وبعده أما انها فسخ قبل القبض فبالاجماع وأما بعده فهو قول الامام الا اذا تعذر بان ولدت المبيعة يعنى بعد القبض فتبطل نهر لان الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل تمنع الرد وأما ولادتها قبل قبض المشترى فلا تمنع صحة الاقالة عنده كذا بخط شيخنا ثم فائدة كونها فسخا تظهر فى مسائل لا تبطل بالشروط الفاسدة الا انه لا يصح تعليقها بالشرط ولو باعه المبيع منه ثانيا بعدها قبل القبض جاز وكذا لو وهبه منه بخلاف مالو باعه من غير المشترى حيث لا يجوز لانه بيع جديد فى حق غيرهما درر ولو كان المبيع مكيلا فقبضه بعدها من غير كيل جاز وعليه رد الثمن الاوّل وتسمية غيره باطلة وهذا فيما هو من موجبات العقد وهو ما يثبت بنفس العقد من غير شرط أما اذا لم يكن منها بل وجب بشرط زائد فالاقالة فيه تعتبر بيعا فى حق المتعاقدين أيضا كما اذا اشترى بالدين المؤجل عينا قبل حلول الاجل ثم تقايلا عاد الدين حالا كانه باعه منه وكما اذا ادّعاه رجل بعد الاقالة وشهد المشترى بذلك لم تقبل كانه هو الذى باعه ثم شهد انه لغيره ولو كانت فسخا لقبلت الاترى ان المشترى لورد المبيع بعيب بقضاء وادعى المبيع آخر وشهد المشترى بذلك تقبل شهادته اذ بالفسخ عاد ملكه القديم فلم يكن متلقيا من جهة المشترى لكونه فسخا من كل وجه نهر عن الزيلعى قال وفى الصغرى لورد المبيع بعيب بقضاء عاد الاجل كما كان ولو كان به كفيل لا تعود الكفالة انتهى واعلم ان مقتضى قول أبى يوسف ان الاقالة بيع ان لا يجوز قبض المكيل

او

وفى الشرع عبارة عن رفع العقد وقيل انه مشتق من القول وهمزته للسلب أى أزال القول السابق كما فى قسط واقسط أى أزال الجور وهو خطأ لانهم قالوا اقلت البيع (وهى فسخ فى حق المتعاقدين) وازالته مطلقا

او الموزون قبل اعادة كيله او وزنه بحر عن البدائع فان قلت ماثمرة الاختلاف فى جواز القبض بدون اعادة كيله أو وزنه قلت لم أر ذلك وينبغى ان تظهر ثمرته فيما اذا باعه البائع بعد القبض قبل اعادة الكيل أو الوزن فعندهما يجوز البيع لصحة القبض وعند أبى يوسف لا يجوز لعدم جواز القبض فكان بيع المنقول قبل قبضه ثم رأيت فى الدر رمايشير الى ذلك لكن لم يحك خلاف أبى يوسف (قوله بيع فى حق ثالث) هذا باتفاق الثلاثة وجعلها زفر رحمه الله تعالى فسخا فى حق الكل نهر عن السراج وفائدته تظهر فى مسائل منها ما اذا كان المبيع هبة فى يد البائع فباعه الى آخر ماسيأتى فى كلام الشارح عن شرح الطحاوى ومنها اذا كان المبيع عقارا وله شفيع سلم يقضى بها بعد التقايل ولو باعه من آخر ثم تقايلا واطلع على عيب كان فى يد بائعه ليس له الرد ومافى العينى من قوله باع المشترى المبيع من الآخر وقبضه أو لم يقبضه الخ قال شيخنا فيه تأمل اذ الاقالة قبل القبض فسخ فقط لا بيع باتفاق الامام وصاحبيه اه ولو لم ينقد اليه الثمن حتى باعه ثم تقايلا جاز له بيعه منه أى من البائع الاوّل باقل من الثمن الاوّل ولو اشترى بعرض التجارة بعد الحول عبدا للخدمة فرده بعيب بغير قضاء واسترد العرض فهلك لم تسقط الزكاة لانه بيع جديد فى حق ثالث وهو الفقير لان الرد بعيب بغير قضاء اقالة درر وقيد العبد بكونه للخدمة لانه لو كان للتجارة لا يكون الشراء استهلاكا كما قال فى الخانية واستبدال مال التجارة بمال التجارة ليس باستهلاك وبغير مال التجارة استهلاك واستبدال السائمة بالسائمة استهلاك واقراض النصاب بعد الحول ليس باستهلاك وان توى المال على المستقرض وكذا لو أعار الثوب أى ثوب التجارة بعد الحول بحر ويزاد مامر من ان قبض بدلى الصرف شرط لصحة الاقالة فيجعل من حق الشرع كبيع جديد نهر عن النهاية ويزاد أيضا مانقله السيد الحموى عن ابن فرشته وهو ما اذا اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا البيع نزل هذا التقايل منزلة البيع فى حق ثالث حتى لا يكون للبائع الاوّل وطؤها الا بعد الاستبراء اه لان وجوب الاستبراء حق الله تعالى فالله ثالثهما در عن صدر الشريعة قال فى النهر وسئلت عن الاقالة بعد الرهن فاجبت بانها موقوفة كالبيع أخذا من قولهم انها بيع جديد فى حق ثالث وهو هنا المرتهن وعلى هذا لو أجره ثم تقايلا انتهى فالاقالة بعد الرهن موقوفة على اجازة المرتهن أو قضاء الراهن دينه وبعد الاجارة موقوفة على اجازة المستأجر ان أجاز نفذت والا بطلت كذا بخط شيخنا (قوله بعد القبض) فلو كانت الاقالة قبله فهى فسخ فى حق الكل فى غير العقار لتعذر جعلها بيعا زيلعى لان بيع غير العقار قبل قبضه لا يجوز واعلم ان بيع المنقول قبل قبضه فاسد اتفاقا ولو من البائع لان فيه غرر انفساخ العقد الاوّل فيتبين انه باع ما لا يملك شيخنا (قوله بان ولدت المبيعة بعد القبض) أو هلك المبيع فى غير المقايضة فتبطل الاقالة ويبقى البيع على حاله لتعذر الفسخ اذ الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع تمنع الفسخ ولا يتصور الفسخ بعد هلاك المبيع فتبطل زيلعى (قوله هذا عند أبى حنيفة) لانها تنبئ عن الفسخ والرفع والاصل فى الكلام ان يحمل على حقيقته ولا تحتمل ابتداء العقد اصلا لتحمل عليه عند التعذر ولهذا لو أراد به ابتداء العقد لا يصح ولو كان محتملا له لصح وانما لا يصح لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده وكونه بيعا فى حق ثالث أمر ضرورى لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا بمقتضى الصيغة فحمل عليه فى حق غيرهما العدم ولا يتهما عليه زيلعى فاسم الاشارة من قول الشارح هذا عند أبى حنيفة يرجع لماذكره من ان الاقالة ان لم يمكن حملها على الفسخ تبطل ولا تحمل على البيع خلافا لمحمد (قوله وعند أبى يوسف الخ) لانها تمليك من الجانبين بعوض مالى بالتراضى وهو البيع والعبرة للمعانى دون الالفاظ المجردة كالكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة وبالعكس كفالة ولهذا تبطل بهلاك المبيع ويرد بالعيب ويتجدد بها حق الشفعة وهذه احكام البيع الا اذا تعذر فتجعل فسخا لانها موضوعة له أو تحتمله زيلعى والخلاف المذكور انما هو فيما اذا وقعت بلفظها أما بلفظ الفسخ أو الرد او الترك فانها لا تكون بيعا وفى بعض نسخ الزيلعى فانها لا تكون فسخا وهو سبق قلم وفى السراج الوهاج اذا كانت بلفظ البيع كانت بيعا اجماعا بحر (قوله وقال محمد الخ) لمحمد ان اللفظ وضع للفسخ والرفع

(بيع جديد فى حق ثالث) بعد القبض الا ان لا يمكن جعلها فسخا بان ولدت المبيعة فتبطل هذا عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف هى بيع جديد الا ان لا يمكن جعلها بيعا بان كان المبيع منقولا لم يقبضه فيجعل فسخا الا ان لا يمكن ان يجعل بيعا وفسخا بان تقايلا الا فى المنقول قبل قبضه على خلاف جنس الثمن الاوّل فتبطل وقال محمد هى فسخ

يقال اللهم اقلنى عثرتى فيعمل بمقتضاه واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع ولهذا صار بيعا فى حق ثالث لعدم ولايتهما عليه زيلعى (قوله الا اذا تعذر جعلها فسخا) بان تقايلا با كثر من الثمن الاول او بخلاف جنسه اوولدت المبيعة بعد القبض فبيع الا ان تعذر بان كان قبل القبض با كثر من الثمن الاول فتبطل بحر (قوله وفائدته) اى فائدة كونها بيعا جديدا شيخنا (قوله ان المبيع لو كان هبة الخ) كذا فى شرح الدرر وهى عبارة الزيلعى بعينها ولا يذهب عليك ما فى ذكر المبيع من الركاكة والصواب بدء المسئلة بالهبة كما وقع فى الجوهرة حيث قال لو وهب لرجل شيئا وقبضه ولم يعوضه حتى باعه الموهوب له الخ ثم أصاب صاحب الدرر فى وضع متنه فان قوله وليس للواهب الرجوع خال عن تلك الركاكة عزمى زاده وأقول لا حاجة للتصويب اذ لا مانع من انه أطلق اسم المبيع عليه نظرا الى ما آله (قوله وتصح بمثل الثمن الاول) حتى لو كان عشرة دنانير فدفع اليه دراهم عوضا عنها ثم تقايلا وقد رخصت يعنى الدنانير رجع بالدنانير لا بما دفع وكذا الورد بالعيب وكذا فى الاجارة لو فسخت ولو عقدا بدراهم فكسدت ثم تقايلا رد الكاسدة نهر عن الفتح (قوله ولزمه الثمن الاول) لانه لما كانت الاقالة عند الامام فسخا والفسخ يرد على عين ما يرد عليه العقد كان اشتراط خلاف الثمن الاول باطلا زيلعى (قوله عطف على الاكثر) لا على تعيب لفساد المعنى شيخنا (قوله صحت بالف اتفاقا) فيه نظر لما سيأتى قريبا من انها فى شرط الزيادة تكون بيعا عندهما حموى وأقول لفظ اتفاقا لا وجود له فى نسخة شيخنا بخطه (قوله والمحطوط بازاء العيب) ليس على اطلاقه بل بشرط ان يكون النقصان بقدر حصة ما فات بالعيب ولا يجوز ان ينقص اكثر منه زيلعى والظاهر ان الزيلعى أراد خصوص الفاحش لا ما يعم اليسير فلا يخالف ما فى النهر عن تاج الشريعة من ان الزيادة والنقصان بقدر ما يتغابن فيه يجوز (قوله وهذا عند أبى حنيفة) اسم الاشارة عائد على ما ذكره المصنف من ان اشتراط الاكثر والاقل الخ لغو (قوله يكون بيعا) لكونه الاصل عند أبى يوسف ولتعذر الفسخ عند محمد نهر (قوله كذلك عند أبى يوسف) لكونه الاصل عنده كما سبق فى الزيادة (قوله يكون فسخا بالثمن الاول) لانه سكوت عن بعض الثمن وهو ان سكت عن كله كان فسخا فكذا ان سكت عن بعضه زيلعى والحاصل ان شرط خلاف الثمن الاول يلغو عند الامام مطلقا وتبقى الاقالة على ما هى عليه عنده من كونها فسخا فى حق المتعاقدين وعند أبى يوسف لا يلغو مطلقا وتبقى على ما هو الاصل فيها عنده من حملها على البيع وعند محمد يفصل ففى اشتراط الاكثر وجنس آخر لا يلغو فتخرج عما هو الاصل فيها عنده من حملها على الفسخ للتعذر فتحمل على البيع وفى اشتراط الاقل لا يتعذر حملها على الفسخ لكونه سكوتا عن بعض الثمن (قوله وهلاك الثمن لا يمنع لعدم تعينه) وكذا هلاك البدلين فى الصرف لان المعقود عليه ما وجب لكل واحد بذمة صاحبه وهو باق نهر (قوله وهلاك المبيع) ولو حكما يمنع صحتها ابتداء وبقاء حتى لو أبق المبيع من يد المشترى بعدها وعجز عن تسليمه بطلت وكذا لو هلك بعد الاقالة يعنى قبل القبض لان رفع البيع يقتضى قيامه وهو بالمبيع دون الثمن نهر (قوله بقدره) لان الجزء معتبر بالكل وليس منه ما لو اشترى صابونا ثم تقايلا بعد ما نقص وزنه بالجفاف لا يجب على المشترى شئ لان كل المبيع باق نهر عن الفتح ومنه ما لو اشترى ارضا مع زرعها وحصده المشترى ثم تقايلا صحت فى الارض بحصتها من الثمن بخلاف ما اذا ادرك الزرع فى يده ثم تقايلا فيه فانها لا تجوز بحر عن القنية معللا بان العقد انما ورد على القصيل دون الحنطة ولو تبايعا مقايضة فهلك احدهما جازت الاقالة فى الباقى لان كلا منهما مبيع وثمن وعلى المشترى قيمة الهالك او مثله ولو تقايلا بعد هلاك رأس مال السلم العرض صحت ويضمن قيمة الهالك او مثله باعتبار ان السلم فى هذا كبيع المقايضة لان المسلم فيه وان كان دينا حقيقة لكن له حكم العين حتى لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه (تتمة) اقالة الاقالة جائزة فلو تقايلا البيع ثم تقايلاها اى الاقالة ارتفعت وعاد البيع الا اقالة السلم فانها لا تقبل الاقالة لكون المسلم فيه دينا سقط والساقط لا يعود درعن الاشباه وتجوز الاقالة من الوكيل بالبيع والسلم خلافا لابى

الا اذا تعذر جعلها فسخا فتجعل بيعا الان لا يمكن فتبطل وفائدته ان المبيع لو كان هبة فى يد البائع فباعه من آخر ثم تقايلا فليس للواهب ان يرجع فصار كان البائع اشتراه فى حق الواهب كذا فى شرح الطحاوى (وتصح بمثل الثمن الاول وشرط الاكثر والاقل بلا تعيب وجنس آخر لغو ولزمه الثمن الاول) بكل حال قوله بلا تعيب متعلق بقوله والاقل وقوله وجنس آخر عطف على الاكثر بيانه اذا باع عبدا بالف درهم وتقايلا العقد بالف صحت وان تقايلا بالف وخمسمائة بالف صحت بالف اتفاقا ويلغو ذكر خمسمائة وان تقايلا بخمسمائة والمبيع بحاله لم يتعيب صحت بالف ويبطل ذكر خمسمائة وان دخله عيب صحت بخمسمائة والمحطوط بازاء العيب وهذا عند أبى حنيفة وعندهما فى شرط الزيادة يكون بيعا وفى اشتراط الاقل كذلك عند أبى يوسف وعند محمد يكون فسخا بالثمن الاول ولو تقايلا بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند أبى حنيفة ويلغو ذكر جنس آخر وعندهما يكون بيعا (وهلاك الثمن لا يمنع الاقالة و) لكن (هلاك المبيع يمنع الاقالة (وهلاك بعضه) اى بعض المبيع يمنع أيضا (بقدره)

يوسف ولا تجوز اقالة الوكيل بالشراء اجماعا وفسخ الموكل مع المشترى جائز وفى الصغرى جحود ما عدا النكاح فسخ وتفرع عليه ما فى الخانية وغيرها باع امة فانكر المشترى الشراء لا يحل للبائع وطؤها الا اذا عزم البائع على ترك الخصومة لانه مع العزم يتم الفسخ نهر

(باب التولية والمرابحة)

(قوله لكن الى غير البائع) مقتضى الاستدراك ان بيع المبيع من البائع تولية لا يصح وليس كذلك حتى لو باع المشترى المبيع من البائع بثمنه الاول جاز ويكون بيعا الاقالة بدليل ما قدمناه من ان الاختلاف فى كون الاقالة فسخا أو بيعا مقيد بما اذا لم تكن بلفظ البيع (قوله وكل ذلك يقتضى سابقة العقد) لم يبين الشارح وجه تقديم الاقالة على التولية ويمكن ان يقال ان الاقالة من التولية بمنزلة المفرد من المركب لان الاقالة انما تكون مع البائع بخلاف التولية فانها أعم من كونها مع البائع أو غيره (قوله هى بيع بثمن سابق الخ) هذا التعريف أحسن من قول بعضهم يعنى القدورى هما نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح أو من غير زيادة لانه لا يشترط فيه ان ينقل ما ملكه بالعقد حتى لو ضاع المغصوب عند الغاصب وضمن قيمته ثم وجده جاز له ان يبيعه مرابحة على ما ضمن وان لم يكن فيه نقل ما ملكه بالعقد حتى لو ضاع المغصوب عند الغاصب وضمن قيمته ثم وجده جاز له ان يبيعه مرابحة على ما ضمن وان لم يكن فيه نقل ما ملكه بالعقد زيلعى لان تملك الغاصب للمغصوب لا عقد فيه ويجاب بأن العقد أعم من ان يكون ابتداء أو انتهاء واذا قضى القاضى على الغاصب بالقيمة عاد ذلك عقدا حتى لا يقدر المالك على رد القيمة وأخذه بعد عوده من اباقه من الغاصب نهر فان قلت ما أورده الزيلعى على القدورى وارد أيضا على المصنف من حيث التعبير بالثمن ولهذا قال الشيخ شاهين قوله وهذا التعريف أحسن أى من حيث الاختصار والا فالاعتراض على المصنف أيضا من حيث التعبير بالثمن كما ان الاعتراض على القدورى من حيث التعبير بلفظ العقد انتهى قلت يمكن الجواب عن المصنف بأنه أراد بالثمن البدل فعم القيمة فى المغصوب ثم رأيته فى النهر أجاب عن المصنف بطبق ما ذكرته حيث قال المراد بالثمن ما قام به وعبر عنه به لكونه العادة الغالبة فيكون من باب ترك الحقيقة للعادة فيدخل فيه المغصوب ويرد أيضا ما ملكه بهبة أو ارث أو وصية اذا قومت فله المرابحة على القيمة اذا كان صادقا فى التقويم مع انه لا ثمن ولا عقد قال فى البحر ولم أر كيف يقول وينبغى ان يقول قيمته كذا بخلاف ما لو اشترى قيميا وقومه حيث لا تجوز المرابحة على القيمة لوجود الثمن الاول وهو الاصل ويرد أيضا من اشترى دراهم بدنانير حيث لا يجوز بيع الدراهم مرابحة وكذا يرد ما لو اشترى شيئا بثمن نسيئة حيث لا يجوز له ان يرابح عليه مع صدق التعريف عليهما وأجاب فى النهر عن مسئلة الصرف بأن البيع يستلزم مبيعا وكون مقابله ثمنا مطلقا يفيد ان ما ملكه مبيع متعين وبدل الصرف لا يتعين فلم يصدق التعريف عليه وعن مسئلة النسيئة بأن الثمن مقابل بشيئين فلم يصدق فى أحدهما انه بثمن أول انتهى وقوله فى النهر وعن الثانى أى واجيب عن الفرع الثانى من الفرعين اللذين أوردهما على طرد التعريف فليس المراد بالثانى ما يرد على عكس التعريف والحاصل ان مسئلة الصرف والنسيئة واردتان على طرد التعريف اما مسئلة ضمان القيمة فى المغصوب فواردة على عكس التعريف كما ذكره نوح أفندى وقوله فى الجواب ان الثمن مقابل بشيئين يعنى المبيع والاجل واعلم ان ما سبق من تأويل الثمن بالبدل ليس المراد به ما يعم المثل فى المثليات بل المراد خصوص القيمة فى القيميات كما ذكرناه لئلا يرد المثلى اذا غيبه الغاصب وقضى عليه بمثله حيث لا يجوز له بيعه مرابحة بأزيد منه لكونه ربا وما فى الشرنبلالية حيث أورد هذا على عبارة الدرر أجاب عنه شيخنا بأنه لا يرد لان ما من قوله فى الدرر ما ملكه واقعة على القيمى والقرينة تصريحه به شرحا وما سيأتى

(باب التولية والمرابحة) المناسبة بين البابين ان الاقالة نقل المبيع الى البائع بمثل الثمن الاول والتولية كذلك نقل لكن الى غير البائع وكل ذلك يقتضى سابقة العقد (هى بيع بثمن سابق) بلا زيادة ربح (والمرابحة) بيع (به) أى بالثمن السابق (وبزيادة) ربح

منه فى باب الربا انتهى (قوله وانما سمى تولية الخ) دليلها من السنة ما ورد من ان أبا بكر ابتاع بعيرين فقال
له عليه السلام ولنى أحدهما فقال هو لك بغير شئ فقال اما بغير ثمن فلا زيلعى قال فى النهر وذكر السهيلى
عن بعض أهل العلم انه انما لم يقبله الا بالثمن مع ان أبا بكر أنفق عليه أضعافه لتكون هجرته بنفسه
وماله رغبة منه فى استكمال الهجرة الى الله تعالى وان تكون على أتم أحوالها (قوله كالمكيلات الخ) كذا
العددى المتقارب نهر (قوله لا تتحقق المرابحة والتولية) لانه اذا لم يكن مثليا لم يعرف قدره الا اذا باعه
بذلك البدل ممن يملكه أو به بزيادة ربح معلوم فحينئذ يجوز لانتفاء الجهالة ولو باعه به و بعشر قيمته أو ثمنه
لا يجوز لانه باعه بذلك وببعض قيمة ذلك البدل المجهول ولو كان البدل مثليا فباعه به و بعشره ان كان
المشترى يعلم جملة الثمن صح والا فان علم فى المجلس جاز وله الخيار والا فسد زيلعى (قوله اى البائع بالمرابحة)
تقييده بذلك لضم أجرة القصار ونحوه اتفاقى شيخنا (قوله ان يضم الخ) ضابطه كل ما يزيد فى المبيع أو فى قيمته
يضم درر واعتمد العينى وغيره عادة التجار بالضم در (قوله أجرة القصار) كذا أجرة الغسل والخياطة ونفقة
تجصيص الدار وتطيينها وطى البئر وكرى الانهار والقناة وكسح الكروم وسقى الزرع والاشجار وأجرة
المخزن وأجرة ذبح الحيوان وسلخه واتخاذ الخشب أبوابا وثقب اللؤلؤ وثمن الثياب للرقيق وطعامهم الا
ما كان سرفا وأجرة السمسار فى ظاهر الرواية لا الدلال والسمسار هو الدال على مكان السلعة أو صاحبها
والدلال هو المصاحب للسلعة و يضم علف الدواب فان عاد عليه شئ منها كلبن أسقط بقدر ما عاد وضم
ما زاد ولو فعل هذه الافعال بنفسه لا يضم شيئا وكذا لو تطوع متطوع بها أو باعارة نهر أى تطوع باعارة
دابة للحمل (قوله والصبغ) هو بالفتح مصدر وبالكسر ما يصبغ به درر (قوله والطراز) بكسر الطاء العلم
فى الثوب نهر عن المغرب (قوله والفتل) من فتلت الثوب اذا أخرجت له طرة كما يعمل فى أطراف المناديل
عينى (قوله وان يقول الخ) تعقبه الشلبى بأن الصواب ان يقرأ يقول بالرفع على الاستئناف لان عطفه
على ما قبله من قوله وله ان يضم يقتضى عدم وجوب قوله و يقول قام على بكذا مع انه واجب عليه
للاحتراز عن الكذب فان قلت هل يوجد فى مسائل المرابحة صورة لا يصح فيها ان يقول قام على بكذا ومع
ذلك يصح بيع المرابحة قلت نقل السيد الحموى عن المفتاح انه اذا اشترى متاعا ثم رقمه بأكثر من ثمنه ثم
باعه مرابحة على رقمه فهو جائز مع انه لا يجوز ان يقول قام على بكذا فان ذلك كذب لا رخصة فيه ولكن
يقول رقمه بكذا فأنا أبيعه مرابحة على ذلك كذا فى المبسوط انتهى وفى البحر عن الفتح ذكر ما نصه وكذا
اذا رقم على الثوب شيئا وباعه برقمه فانه يقول رقمه كذا سواء كان ما رقمه موافقا لما اشتراه به أو أزيد حيث
كان صادقا فى الرقم انتهى (قوله ولا يضم أجرة الراعى) وكذا لا تضم أجرة الطبيب والرائض والبيطار
وجعل الآبق وأجرة الختان والفداء فى الجناية وما يؤخذ فى الطريق من الظلم الا اذا جرت العادة بضمه نهر
وقوله والرائض هو من رضت المهر أروضه رياضة و رياضا فهو مروض وناقة مروضة وقد ارتاضت
وكذلك روضته شدد للمبالغة شيخنا عن صحاح الجوهرى (قوله ولا يضم كراء بيت الحفظ) قدمر ان أجرة
المخزن تضم وكأنه للعرف والا فالمخزن و بيت الحفظ على حد سواء فى عدم الزيادة فى العين وثبوت الزيادة
فى التعليم لمعنى فى نفسه هو ذكاؤه ولا يخفى ما فى هذا التعليل فان المعلم سبب فالاولى ان يعلل بعدم العرف
كما فى النهر عن المبسوط حتى لو كان ثمة عرف ظاهر ضم (قوله فان خان البائع الخ) وظهور الخيانة اما
باقرار البائع أو بالبينة أو بنكوله عن اليمين وقيل لا تثبت الا بالاقرار لانه فى دعوى الخيانة متناقض
لاقراره للبائع بالامانة ثم يدعى عليه الخيانة فلا يتصور بينة ولا نكول والحق سماعها كدعوى العيب
والحط نهر عن الفتح (قوله وعند أبى يوسف يحط فيهما) لان بيع المرابحة والتولية بناء على الثمن الاول
فيحط ضرورة غير انه فى التولية يحط قدر الخيانة من الثمن لا غير وفى المرابحة يحط ذلك القدر من رأس
المال ويحط من الربح أيضا بحسابه لان الربح ينقسم على رأس المال زيلعى أى ينقسم على رأس المال وعلى قدر
الخيانة (قوله وعند محمد يخير فيهما) لانهما باشرا عقدا باختيارهما بثمن معلوم فينعقد بالمسمى كما لو باعه

واغا سمى تولية لان البائع كانه جعل
المشترى واليا لما اشتراه بما اشتراه
(وشرطهما كون الثمن الاول مثليا)
كالمكيلات والموزونات حتى اذا لم
يكن مثليا بأن كان عبدا أو ثوبا
لا تتحقق المرابحة والتولية (وله)
أى للبائع بالمرابحة (ان يضم الى
رأس المال اجرة القصار والصبغ
والطراز والفتل) والشد (و) اجرة
(حمل الطعام وسوق الغنم و) ان
(يقول قام على بكذا) ولا يقول
اشتريته بكذا (ولا يضم أجرة الراعى
والتعليم) مطلقا سواء كان تعليم
القرآن أو غيره (و) لا يضم (كراء بيت
الحفظ فان خان) البائع (فى) بيع
(المرابحة) فالمشترى بالخيار ان شاء
(أخذ بكل ثمنه) أى الثمن الذى
قاله الخائن (أورده) على البائع
(وحط) قدر الخيانة من الثمن (فى) بيع
(التولية) وهذا عند أبى حنيفة
وعند أبى يوسف يحط فيهما أو عند
محمد يخير فيهما وجميع الاقوال

قوله ولا يخفى ما فى هذا التعليل فان
العلم سبب كذا فى النسخ الحاضرة
وعبارة الدر المختار ولا يخفى ما فيه اى
التعليل اذ لا شك فى حصول الزيادة
بالتعلم وانه مسبب عن التعليم عادة الخ
فراجعه وتأمل اه مصححه

مساومة

مساومة وذكر المرابحة والتولية للترويج والترغيب فجرى مجرى الوصف فان فات الوصف المرغوب فيه
يتخير كما فى سائر الاوصاف وللامام انه لو لم يحط فى التولية لا يبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فتغير
التصرف فتعين الحط وفى المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة وان كان الربح يتفاوت فلا يتغير التصرف فأمكن
القول بالتخيير ولو هلك المبيع قبل ان يرده أو حدث به ما يمنع الرد لزمه بجميع الثمن المسمى وسقط خياره
عند أبى حنيفة وهو المشهور من قول محمد لانه مجرد خيار فلا يقابله شئ من الثمن كخيار الرؤية والشرط
بخلاف خيار العيب لان المستحق فيه للمشترى الجزء الفائت فعند العجز عن تسليمه يسقط ما يقابله من
الثمن وعن محمد ان المشترى يرد قيمة المبيع ويرجع على البائع بما دفعه اليه من الثمن بناء على أصله من
اقامة القيمة مقام المبيع فى التحالف وعلى قول أبى يوسف يحط كيف ما كان وكذا عند أبى حنيفة فى
التولية ولو وجد المولى بالمبيع عيبا ثم حدث به عنده عيب آخر لا يرجع بنقصان العيب لانه لو رجع يصير
الثمن الثانى أنقص من الاول وقضية التولية ان يكون مثله زيلعى (قوله فطر) بالفاء المنقوطة بواحدة
من التفصيل رمز لقول الامام الاول والطاء من الحط رمز لقول الامام الثانى والراء من التخيير رمز لقول
الامام الثالث (قوله طرح عنه كل ربح) قيد بالربح لان بائعه لو حط عنه شيئا فان كان بعض الثمن
طرحه كالربح وان كان كل الثمن باعه مرابحة على ما اشترى لالتحاق حط البعض بالعقد دون حط الكل
لئلا يكون بيعا بلا ثمن فصار تمليكا مبتدأ كالهبة بحر عن المحيط (قوله هذا عند أبى حنيفة الخ) اعلم ان
الخلاف بين الامام وصاحبيه فى طرح كل ربح حصل قبله عنده خلافا لهما فيما اذا لم يحط الربح برأس
المال وكذا الخلاف فى عدم جواز المرابحة أصلا عنده اذا أحاط الربح برأس المال خلافا لهما محله ما اذا
لم يتخلل بين المشترى والبائع ثالث فان تخلل بينهما ثالث جاز البيع مرابحة على الثمن الاخير مطلقا أحاط
الربح أم لا ولا يلزمه الطرح بالاتفاق للامام ان شبهة حصول الربح بالعقد الثانى ثابتة لانه يتأكد به بعد
ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب فيرده فيزول الربح عنه والشبهة كالحقيقة فى بيع المرابحة
احتياطا ولهذا لم تجز المرابحة فيما أخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير كأنه اشترى خمسة وثوبا بعشرة
فيطرح خمسة بخلاف ما اذا تخلل الثالث لان التأكيد حصل بغيره قال فى النهر وما قاله الامام أوثق
وما قالاه أرفق وذكر فى الشرنبلالية ان الامام أحمد قال بمذهب الامام (قوله وعندهما الخ) لان الثانى
عقد متجدد فيقطع الاحكام عما قبله فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث نهر (قوله صورته اذا
اشترى ثوبا) لو أبدله بشيئا لكان أولى لان ذكر الثوب ربما يوهم انه للاحتراز عن المثلى وليس كذلك ولهذا
قال فى النهر وكذا لو كان مثليا (قوله وقبضه) قيد بقبضه ليترتب عليه جواز بيعه اذ بيع المنقول
قبل قبضه لا يجوز (قوله وتقابضا) قيد به لانه لو اشتراه بعشرة بعد ما باعه بخمسة عشر قبل قبض الثمن
لم يجز لان شراء ما باع بالاقل قبل النقد غير جائز كما تقدم (قوله ثم اشتراه) أى ممن باعه منه شيخنا (قوله
بيعه مرابحة بخمسة) هذا اذا كان الشراء الثانى بجنس الثمن الاول فلو بغير جنسه كما لو كان بوصيف أو
دابة أو عرض آخر يرابح على عشرة نهر (قوله ثم اشتراه بعشرة ممن باعه منه) بخلاف ما اذا اشتراه البائع
الاول من غير البائع الثانى فانه يرابح اتفاقا شيخنا (قوله لا يبيعه مرابحة أصلا) الا أن يبين فيقول كنت
بعته فربحت فيه عشرة ثم اشتريته بعشرة وأنا أبيعه بربح كذا على هذه العشرة نهر (قوله يحيط دينه
برقبته) كذا قيده محمد فى الجامع الصغير عن الامام و بعض المشايخ لم يقيده به كالصدر الشهيد وتبعه
المصنف وشمس الائمة لم يذكر الدين أصلا قال فى العناية والحق ذكره لانه اذا لم يكن عليه دين لم يصح البيع
والتحقيق ان ذكر الدين وعدمه بالنظر الى المرابحة سواء لانها اذا لم تجز مع الدين فمع عدمه أولى واما بالنظر
الى صحة العقد وعدمه فله فائدة والباب لم يعقد الا للمرابحة فصنيع شمس الائمة أقعد نهر وذكر الزيلعى ان
اشتراط الدين على العبد وقع اتفاقا لانه اذا كان لا يجوز مع الدين ان يبيعه مرابحة فمع عدم الدين أولى لوجود
ملك المولى فيه بالاجماع (قوله وكذا العكس) لان العقد الذى جرى بينهما وان كان صحيحا لافادته

فطر (ومن اشترى ثوبا فباعه بربح
ثم اشتراه) أى ذلك الثوب (فان باعه
بربح) لم يحط (طرح عنه كل ربح قبله
وان أحاط) الربح (بثمنه لم يرابح)
أى لم يبعه مرابحة هذا عند أبى حنيفة
وعندهما يبيعه مرابحة على الثمن
الاخير صورته اذا اشترى ثوبا بعشرة
وقبضه ثم باعه بخمسة عشر وتقابضا
ثم اشتراه بعشرة يبيعه مرابحة بخمسة
و يطرح عنه ما ربح وهو خمسة
ويقول قام على بخمسة ولا يقول
اشتريته بخمسة ولو اشترى ثوبا بعشرة
وباعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه
مرابحة أصلا عنده وعندهما يبيعه
مرابحة بعشرة فى الفصلين (ولو اشترى
مأذون مديون) يحيط دينه برقبته
(ثوبا بعشرة وباع) من سيده بخمسة
عشر (بيعه) المولى بيعا (مرابحة على
عشرة وكذا العكس) أى لو اشترى
المولى ثوبا بعشرة وباعه من عبده
المأذون المديون بخمسة عشر بيعه
المأذون مرابحة على عشرة

ملك العين أو التصرف له شبهة العدم لان العبد ملكه وما في يده لا يخلو من حقه فاعتبر عدما في حق المرابحة فبقي الاعتبار للشراء الاول فصار كان العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكأنه يبيعه للمولى في الثاني فيعتبر الثمن الاول لا غير لان الزائد عليه دائر بين المولى والعبد فلم يتم خروجه عن ملك من كان له فيكون ما زاد على الثمن الاول باقيا على ملكه فلا يعتبر خارجا زيلعي (قوله والمكاتب كالمأذون) لوجود التهمة بل كل من لا تقبل شهادته له كالاصول والفروع وأحد الزوجين وأحد المتفاوضين كذلك وخالفاه فيما عدا العبد والمكاتب (قوله ولو بين جاز) يعني اتفاقا بحر ونهر لزوال التهمة (قوله وهو أي المال عشرة) (قوله باثني عشر ونصف) لان نصف الربح وهو درهمان ونصف سلم لرب المال ولم يخرج عن ملكه فيحط عن الثمن فتبقى اثنا عشر ونصف خارجة عن ملكه عشرة منها دفعها المضارب الى بائعه ودرهمان ونصف نصيب المضارب من الذي دفع اليه رب المال بحكم انه الثمن فتم ما خرج عن ملكه في تحصيل هذا الثوب اثنا عشر ونصف فيرابح عليها زيلعي قيد بكون المضارب بائعا لانه لو كان مشتريا بأن اشترى من رب المال عبدا بألف اشتراه بنصفه رابح بنصفه والفرق ما ذكره في النهر من انه انما ضمن حصة المضارب هنا يعني فيما اذا كان المضارب بائعا ما اشتراه بعشرة بخمسة عشر من رب المال لظهور الربح يبيعه رب المال واذا كان مشتريا من رب المال لم يظهر ربح فلهذا جزم الزيلعي في المضاربة بأن المضارب يبيعه مرابحة على ما اشترى رب المال نهر ومعنى قوله واذا كان مشتريا من رب المال لم يظهر ربح أي لم يظهر للمضارب ربح لان ما حصل من الربح يبيع رب المال من المضارب كله لرب المال لا شيء منه للمضارب لعدم وجود العمل منه وبهذا التقرير تعلم ما وقع لبعضهم حيث تصرف في عبارة النهر على وجه مخل وكذا في الدر خلل أيضا ووجهه ان قوله وكذا عكسه لا يلائم قوله بعد ذلك وتحقيقه في النهر ووجه عدم الملاءمة ان كلام النهر صريح في الفرق بين المسئلة وعكسها كما ذكرناه (قوله وعند زفر لا يجوز) لانه يبيع ماله بماله قلنا يستفيد كل واحد منهما بهذا العقد ملك اليد والتصرف وان كان لا يستفيد ملك الرقبة فكان صحيحا لافادته ولا يلزم من جواز البيع افادة ملك الرقبة الا ترى ان المكاتب تجوز تصرفاته ولا تفيد ملك الرقبة فعلم ان البيع يتبع الفائدة لا الملك عينا لكنه مع هذا فيه شبهة العدم لان المضارب وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح زيلعي (قوله ويرابح الخ) الظاهر ان التقييد بالمرابحة اتفاقي في التعييب والتعيب حموي (قوله بلا بيان الخ) لان الفائت وصف وهو لا يقابله شيء من الثمن وكذا منافع البضع ومعناه انه يرابح بلا بيان انه اشتراه سليما بكذا من الثمن اما بيان نفس العيب فواجب ودل كلامه انه لو رضي بالعيب أو بالخيانة في المرابحة كان له ان يبيعه مرابحة على ما أخذه به نهر عن الفتح ومعنى قوله لو رضي بالعيب الخ انه اذا اشترى شيئا فوجده معيبا ورضي بعيبه فأراد بيعه مرابحة لا يلزمه ان يقول اني اشتريته بكذا على انه سليم فوجدته معيبا والتقييد بالرضا به يشير الى انه لو لم يرض به بأن رجع بنقصانه عند تعذر رده يلزمه البيان أي بيان انه رجع بنقصان العيب (قوله بالتعيب) شامل لما اذا كان نقصان العيب يسيرا أو كثيرا وعند محمد انه ان نقصه قدر الا يتغابن الناس فيه لا يبيعه مرابحة بلا بيان بحر (قوله بآفة سماوية) أو بصنع المبيع در (قوله وعند أبي يوسف وزفر لزمه بيان الخ) قال أبو الليث وهو أجود وبه نأخذ وفي الفتح واختيار هذا أحسن نهر وفي المختار وعليه الفتوى بقي ان يقال قول الشارح وعند أبي يوسف مخالف لما في الزيلعي والنهر مما يقتضي انه مجرد رواية عنه (قوله بالتعييب) الفرق بين التعيب والتعييب ان التعيب ما كان بآفة سماوية أي بلا فعل فاعل والتعييب ما كان بفعل فاعل مختار أعم من ان يكون الفاعل هو المشتري أو غيره لكن يستثنى من التعييب ما لو كان بفعل المبيع لان فعل المرء في نفسه هدر وبهذا التقرير تعلم ان ما وقع في شرح العيني من ذكره لفظة منه عقب قوله ويرابح بيان بالتعييب لا محل له فيتعين حذفه ويدل عليه ما ذكره بعد من قوله سواء كان بفعل نفسه أو غيره الى هذا

والمكاتب كالمأذون ولو بين انه اشتراه من عبده المأذون المديون أو من مكاتبه له ان يبيعه مرابحة على خمسة عشر وانما قيد بقوله مديون ليصح العقد لمكان الدين (ولو كان) البائع من رب المال وهو عشرة دراهم مثلا (مضاربا) بالنصف وباع المضارب من رب المال ما اشتراه بعشرة بخمسة عشر مثلا وأراد رب المال البيع (بيع مرابحة رب المال باثني عشر ونصف) هذا البيع يجوز عندنا وعند زفر لا يجوز بيع رب المال من المضارب ولا بيع المضارب من رب المال اذا لم يكن في المال ربح (ويرابح) أي بلا بيان بالتعيب ووطء الثيب) اذا اشترى جارية فاعورت بآفة سماوية أو وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يجب عليه ان يقول اني اشتريتها سليمة فاعورت في يدي وعند ابي يوسف وزفر لزمه بيان هذا العيب والمسئلة فيما اذا لم ينقصها الوطء (و) يرابح (ببيان بالتعييب ووطء البكر) اي ان فقأ عينها بنفسه

اوفقأها اجنبي واخذ ارشها اووطئها وهي بكر لم يبعها مرابحة حتى يبين (ولو اشترى) شيئا (بألف نسيئة وباع بربح مائة) حالة (ولم يبين) انه اشتراه نسيئة فعلم المشتري ذلك (خير المشتري) ان شاء رده وان شاء أخذه بكل الثمن (فان اتلف) المشتري

أشار شيخنا (قوله أو فقأها أجنبي) بأمره أو لا نهر (قوله واخذ ارشها) كذا وقع في الهداية والزيلعي وفي البحر عن فتح القدير التقييد بأخذ الارش اتفاقي (قوله حتى يبين) لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن ووطء البكر تعييب لان العذرة جزء من العين فازالتها تعييب لها ثم في كل موضع ليس له ان يبيعه مرابحة الا ببيان فلم يبين فللمشتري ان يرده عليه ان علم خيانته وعلى هذا لو اشترى ثوبا فأصابه قرض فأر أو حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه حتى يبين لما بينا من المعنى زيلعي وقوله فأصابه قرض فأر قال في الكافي القرض بالفاء وقيل بالقاف عزمي زاده (قوله خير المشتري) لانه يزاد على الثمن لاجل الاجل فكان له شبه بالمبيع والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين لاجل وباع أحدهما مرابحة على ثمنهما فيثبت له الخيار عند علمه بمثل هذه الخيانة زيلعي (قوله فان اتلف المشتري المبيع الخ) ولو عبر بالتلف لفهم منه الاتلاف بالاولى بحر (قوله لزم بالف ومائة) لان الاجل ليس بمال متقوم فلا يقابله شيء من الثمن وانما فيه ترفه فيزاد الثمن لاجله فيثبت له الخيار اذا كان المبيع قائما لهذا الجانب واذا هلك أو استهلكه المشتري لم يبق له الخيار نظرا لجانب عدم المالية في الاجل حقيقة زيلعي (قوله وعند أبي يوسف يرد قيمة العين الخ) جعله الزيلعي رواية عنه فقال وعن أبي يوسف الخ ومثله في النهر (قوله غبنا فاحشا) هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وكما يكون المشتري مغبونا مغرورا يكون البائع كذلك وتصرفه في بعض المبيع قبل علمه بالغبن غير مانع فيرد مثل ما اتلفه ويرجع بكل الثمن على الصواب ولو كان قيميا لم أره تنوير وشرحه (قوله له الرد بحكم التغرير) ويرده المشتري بغرور الدلال أيضا كما في الاشباه من الكفالة وهل ينتقل الرد بالتغرير الى الوارث أفتى المقدسي بانه لا ينتقل وفي الدر عن مصنف التنوير ما يخالفه قال وقدمنا عن الخانية انه متى عاين ما يعرف بالعيان انتفى الغرور انتهى وفيه تأمل الا ان يحمل على ما اذا كان للمشتري خبرة بمعرفة القيم (قوله ولم يعلم المشتري) وهو المولى (قوله بكم قام عليه) أي على المولى (قوله فسد البيع) لجهالة الثمن نهر (قوله ولو علم في المجلس خير) لان الفساد وان كان في صلب العقد لكنه لم يتقرر وانما يتقرر بانقضاء المجلس وهذا يبين ان هذا العقد ونحوه من البيع برقمه قبل معرفة الرقم ينعقد فاسدا له عرضية الصحة وهو الصحيح خلافا لما روي عن محمد انه صحيح له عرضية الفساد وينبغي ان يظهر اثر الخلاف في حرمة مباشرته وعدمها نهر عن البحر قال وانما يتخير بعد العلم في المجلس لان الرضا لم يتم قبله (قوله بعد التفريق) صوابه التفرق

*(فصل في التصرف في المبيع والثمن قبل القبض والزيادة والحط فيهما وتأجيل الديون بحر

(قوله صح بيع العقار الخ) لم يقل نفذ ولازم لتوقفهما على نقد الثمن نهر أي نقد المشتري الاول وهو البائع الثاني شيخنا فان لم ينقده توقف الثاني في الصحيح كبيع المرهون كما في المحيط يعني اما على نقد الثمن أو رضا البائع لان الحق له فان لم ينقده كان له ابطال البيع وكذا كل تصرف يقبل النقض اذا فعله المشتري بغير اذن البائع قبل القبض أو بعده كما في البحر ومنه الكتابة أيضا لانها تحتمل الفسخ فلم تنفذ في حق البائع ما لم يقبض الثمن نظرا له بخلاف ما لا يقبله كالعتق والتدبير والاستيلاد وكما يجوز بيع العقار قبل قبضه فكذا هبته قيد بالبيع لان الاجارة قبل القبض لا تجوز مطلقا سواء اجره من البائع أو غيره كما في الخانية وحكى في النهر اختلافا في جواز اجارته وذكر ان الاصح انها لا تجوز اجماعا لان المعقود عليه المنافع وهلاكها غير نادر (قوله وقال محمد وزفر والشافعي الخ) لم يذكر الزيلعي زفر والشافعي وكذا البحر والنهر (قوله لا يصح بيع العقار قبل القبض) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اشتريت شيئا فلا تبعه حتى تقبضه ولهما انه لا يتوهم انفساخ العقد فيه بالهلاك وهو مقدور التسليم وما رووه معلول بغرر انفساخ العقد بالهلاك قبل القبض وذلك لا يتصور فيه الا نادرا والخلاف فيما اذا لم يكن على شط نهر كما في الزيلعي أو كان علوا أو في موضع لا يؤمن ان تغلب عليه الرمال ففي هذه المواضع لا يجوز

المبيع والمسئلة بحالها (فعلم) بذلك (لزم بألف ومائة) ولا يرجع بشيء (وكذا التولية) اى ان ولاه رجلا ولم يبين ان الثمن نسيئة ثم علم المشتري رده ان شاء وقبله بكل الثمن ان شاء وان اتلفه ثم علم لزمه بألف حال ولا يرجع على البائع بشيء وعند أبي يوسف انه يرد قيمة العين ويسترد كل الثمن وقيل يقوم الشيء بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع المشتري بفضل ما بينهما وعليه فتوى ابي جعفر البلخي وهذا اذا كان الاجل مشروطا في العقد وان لم يكن مشروطا فيه لكنه مرسوم متعارف كما هو الرسم بين التجار ان لا يطالبوا بالثمن جملة بل المشتري يؤديه منجما في كل اسبوع ثم ان المشتري باعه مرابحة فقيل لا بد من بيانه والجمهور على انه يبيعه مرابحة بلا بيان قال صاحب المحيط في باب ذكر الخيار في الاجل المشروط هذه رواية في من اشترى شيئا فصار مغبونا غبنا فاحشا له أن يرده على البائع بحكم الغبن وقال القاضي أبو علي النسفي فيه روايتان عن أصحابنا ويفتى برواية الرد وكان صدر الاسلام أبو اليسر يفتي بأن البائع ان قال للمشتري قيمة متاعي كذا أو قال متاعي يساوي كذا فاشترى بناء على ذلك فظهر بخلافه له الرد بحكم التغرير وان لم يقل ذلك فليس له الرد وبعضهم لا يفتون به بكل حال والصحيح انه يفتى بالرد اذا وجد التغرير وبدونه لا يفتى به (ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه) أي لو باع منه تولية بثمن قام عليه (ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فسد) البيع (ولو علم) المشتري مبلغ الثمن (في المجلس خير) المشتري ان شاء امسكه وان شاء رده وان علم بعد التفريق منه لا ينقلب صحيحا ولا يجوز الا بتجديد عقد (فصل صح بيع العقار قبل قبضه) وقال محمد وزفر والشافعي لا يصح بيع العقار قبل القبض

بيعه قبل قبضه اتفاقا (قوله لابيع المنقول) قيد بالبيع لانه لو وهبه او تصدق به أو اقرضه أو رهنه
أو اعاره من غير البائع جاز عند محمد وهو الاصح خلافا لابى يوسف واجمعوا على صحة الوصية به قبله
واماتز ويج الامة فجائز واذا فسخ البيع انفسخ النكاح عند أبى يوسف وهو المختار ودخل فى البيع
الاجارة وعم كلامه مالو باعه من البائع ولا ينتقض الاول بخلاف مالو وهبه انتقض لانها مجاز عن الاقالة
هذا فى تصرف المشترى واما تصرف البائع فان كان بأمر المشترى بان يهبه من فلان أو يؤجره ففعل جاز
ولو أمره بوطء الجارية أو بأكل الطعام ففعل يكون فسخا ولو رهنه أو آجره أو اودعه بغير أمره فمات
المبيع انفسخ البيع ولو اعاره أو وهبه فمات أو أودعه فاستعمله المودع فمات فان شاء المشترى امضى
البيع وضمن هؤلاء وان شاء فسخ البيع نهر عن الخانية وفيه عن الايضاح كل عوض ملك بعقد
ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرف فيه كالمبيع والاجرة اذا كانت عينا وبدل الخلع اذا
كان معينا ومالا ينفسخ بهلاكه فالتصرف فيه جائز قبل القبض كالمهر وبدل الصلح والعتق على مال وبدل
الصلح عن دم عمد انتهى قال شيخنا قوله وبدل الخلع اذا كان معينا مخالف لما فى الزيلعى والعناية والبحر
فان المذكور فيها صحة بيع بدل الخلع قبل قبضه ولا صحة له بدون التعيين وقد ذكر صاحب البحر الاصل
عن الايضاح بخلاف ما هنا ولا يظهر فرق بين المهر وبدل الخلع ثم ظهر لى ان الصواب ان يكون هكذا
وبدل الصرف اذا كان معينا بان كان مصوغا بيع بجنسه أو بالنقد فانه بسبب ما اتصل به من الصنعة
لم يبق ثمنا صريحا ولهذا يتعين فى العقد على انه لا يصح التصرف فيه وان لم يتعين كما نص عليه هنا وفى باب
الصرف وحينئذ تصدق كلية الايضاح عليه اذ لا شك فى ملكه المصوغ بالعقد وانفساخه بهلاكه قبل
قبضه وكذا قوله ومالا ينفسخ بهلاكه فالتصرف فيه جائز قبل القبض كالمهر وبدل الصلح صوابه وبدل
الخلع لان الصلح عن مال بيع لا يجوز بيع بدله قبل قبضه كما ذكره فى البحر انتهى ثم اعلم ان قوله
فى الايضاح ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض بعد قوله كل عقد ملك بعوض ليس خبرا عن قوله كل
عقد الخ بل الجملة وصف ثان بعد وصفه بما قبلها من قوله ملك بعقد والخبر هو قوله لم يجز التصرف فيه
شيخنا (تتمة) ليس المراد من جواز بيع المهر قبل قبضه وكذا نحو المهر من كل عوض ملك بعقد
لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل القبض عدم انفساخ العقد الثانى بل ينفسخ لدخوله تحت قولهم ان البيع
يبطل بهلاك المبيع قبل قبضه والحاصل ان الزوجة اذا باعت المهر قبل قبضه فهلك قبل ان يقبضه
المشترى بطل البيع سواء هلك قبل قبض الزوجة أو بعد ان قبضته واما النكاح فيبقى على حاله ويجب
لها عليه بدله من المثل أو القيمة اذا هلك قبل قبضها بخلاف المبيع اذا بيع قبل قبضه وكذا نحو المبيع
من كل عوض ملك بعقد ينفسخ العقد بهلاكه قبل القبض حيث لا يجوز مطلقا سواء هلك قبل القبض
أولا حتى لو لم يهلك وقبضه المشترى الاول وسلمه للمشترى الثانى بناء على ما صدر منه من البيع لم يجز الا ان
يعتبر بيعا بالتعاطى وبهذا التقرير تعلم ان المراد بالعقد فى قولهم كل عوض ملك بعقد ينفسخ العقد بهلاكه
قبل قبضه كما فى الوجه الاول مما سبق عن الايضاح أولا ينفسخ كما فى الوجه الثانى هو العقد الاول كعقد
النكاح بالنسبة لمسئلة المهر وكالبيع الاول بالنسبة لمسئلة بيع المبيع قبل قبضه وكذا مراد العقد
الاول أيضا فى تعليل النهى عن بيع ما اشتراه حتى يقبضه لقولهم انه معلول بغرر انفساخ العقد بالهلاك
قبل القبض بقى ان يقال استفيد من عبارة الايضاح ان ما ذكره المصنف من قوله لا المنقول ليس على
اطلاقه بل هو بالنسبة لما ذكره فى الايضاح من الوجه الاول (قوله أى لا يصح بيع المنقول)
نفى الصحة يحتمل ثبوت فساد العقد وبطلانه صرح بالاول فى المواهب وبالثانى فى الجوهرة شرنبلالية
ومثل ما فى المواهب فى الزيلعى (قوله ولو اشترى مكيلا الخ) قيد بالشراء لانه لو ملكه بهبة أو ارث أو وصية
جاز له التصرف فيه قبل الكيل والمطلق من البيع ينصرف الى الكامل وهو الصحيح منه حتى لو باع
ما اشتراه فاسدا بعد قبضه لم يحتج المشترى الثانى الى اعادة الكيل قال أبو يوسف لان بيع الفاسد يملك

(لا بيع المنقول) أى لا يصح بيع
المنقول مطلقا سواء كان طعاما أو
غيره وقال مالك يصح بيع المنقول
قبل القبض فى غير الطعام (ولو
اشترى مكيلا كيلا

قوله كل عقد ملك بعوض عبارة
الايضاح السابقة كل عوض ملك
بعقد اه بحراوى

قوله لان بيع الفاسد الخ أى لان
المبيع فاسدا يملك بالقبض وهو من
قبيل اطلاق المصدر وارادة اسم
المفعول اه بحراوى

بالقبض

بالقبض كالقرض ولو استقرض طعاما بكيل ثم باعه مكايلة لم يحتج المشترى الى اعادة الكيل وقيد
بكونه مبيعا لانه لو كان ثمنا جاز التصرف فيه قبل الكيل والوزن لانهما من تمام القبض والتصرف
فى الثمن قبله جائز فقبل تمامه اولى نهر (قوله حرم) أى كره تحريما لنهيه عليه السلام عن بيع الطعام حتى
يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشترى ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف
فى مال الغير حرام قال فى النهر وفيه اشارة الى فساد البيع وبه صرح فى الجامع الصغير (قوله واكله)
كذا كل تصرف يبنى على الملك كالهبة والوصية ولا يلزم من حرمة أكله قبل اعادة كيله كون الطعام حراما
حتى لو اكله وقد قبضه بلا كيل لا يقال انه أكل حراما لانه اكل ملك نفسه الا انه اثم لتركه ما أمر به من
الكيل وكذا كل مبيع بيعا فاسدا اذا أكله بعد القبض بحر عن فتح القدير (قوله ولو كاله البائع بعد البيع
الخ) قيد بالكيل بعد البيع لان الكيل قبله لا يكتفى به اتفاقا ولو بحضرة المشترى زيلعى فلو كيل بحضرة
رجل فشراه فباعه قبل كيله لم يجز وان اكتاله الثانى لعدم كيل الاول فلم يكن قابضا بحر عن الفتح
(قوله بحضرة المشترى) قيد به لانه لو كاله البائع بغير حضرته لا يكتفى به زيلعى (قوله قيل لا يكتفى به)
لظاهر الحديث لانه اعتبر صاعين زيلعى (قوله والصحيح انه يكتفى به) لان المبيع صار معلوما
بكيل واحد وتحقق معنى التسليم والحديث محمول على ما اذا اجتمعت الصفقتان على ما نبينه فى باب السلم
زيلعى أراد بالحديث ما مر من نهى النبى عليه الصلاة والسلام عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان
وصورة اجتماع الصفقتين اسلم فى كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم
بقبض الكر فان صاحب السلم يحتاج الى الكيل مرتين مرة لبائعه ومرة لنفسه عزمى زاده (قوله
يجوز له الاكل والبيع قبل ان يكيله الخ) قيل لان الزيادة له وفيه نظر اذ لا تتصور فى المجازفة وعنه
اجوبة فى شروح الهداية ومن الاجوبة ما ذكره الزيلعى حيث قال بان كان كاله قبل البيع انتهى فاذا
اشتراه مجازفة بعد ان كاله البائع قبل البيع فوجده المشترى اكثر من كيله الذى وجد قبل البيع
كانت الزيادة للمشترى شيخنا (قوله ومثله الموزون والمعدود) ليس على اطلاقه بل مقيد بغير بيع
التعاطى اما اذا كان البيع بالتعاطى فلا يحتاج الى اعادة الوزن ثانيا لانه صار بيعا بالقبض بعد الوزن نهر
عن القنية وفى الخلاصة وعليه الفتوى ومقيد أيضا بغير الدراهم والدنانير فيجوز التصرف فيهما بعد
القبض قبل الوزن نهر عن الايضاح واستثنى ابن الكمال من الموزون ما يضره التبعيض لان الوزن
حينئذ فيه وصف در (قوله والمعدود) جعله المصنف كالمكيل والموزون وهو مروى عن أبى حنيفة
واختاره الكرخى وعنه انه كالمذروع وهو قول أبى يوسف ومحمد لانه ليس بقدر الا ترى انه يجوز بيعه
بجنسه متفاضلا كالمذروع ووجه الاول ان المعدود المتقارب يساوى المكيل والموزون فيما تعلق به
الفساد وهو جهالة المبيع لاحتمال الزيادة فان من اشترى جوزا على انه الف فوجده اكثر يرد الزيادة
وان وجده انقص سقط عنه من الثمن بحصته بخلاف الربا لانه مبنى على المماثلة بدليل يوجبها وهذا اظهر
زيلعى ومنه يعلم ان الخلاف بين الامام والصاحبين فى المعدود بالنسبة لاحدى الروايتين عن الامام
وعليها اقتصر نوح افندى كالشارح ولم يحك عنه الرواية الاخرى ونص عبارته اشترى عدديا فهو
كالمذروع فيما روى عنهما لانه ليس بمال الربا وكالموزون فيما روى عن أبى حنيفة لانه لا يحل له
الزيادة على المشروط انتهى ثم رأيت فى حاشية نوح افندى انه نقل عن الزيلعى حكاية الرواية الاخرى
عن الامام وتقييد المعدود بالمتقارب فى كلام الزيلعى للاحتراز عن المتفاوت لعدم جواز بيعه عددا (قوله
لا المذروع) أى لا يحرم التصرف فى المبيع المذروع بعد القبض قبل الذرع وان اشتراه بشرط الذرع
لان الذرع وصف له وليس بقدر فيكون كله للمشترى بلا زيادة ثمن ولا نقصان ان وجده زائدا أو ناقصا
هذا اذا لم يسم لكل ذراع ثمنا وان سمى فلا يحل له التصرف فيه حتى يذرع زيلعى وعينى وقال فى النهر
وفى النقصان يثبت له الخيار وبالبيع بتقدير النقص يكون مسقطا له انتهى (قوله وصح التصرف

حرم) للمشترى منه (بيعه واكله حتى
يكيله) المشترى ولو كاله البائع بعد
البيع بحضرة المشترى مرة قيل
لا يكتفى به والصحيح انه يكتفى به وعليه
الجمهور وانما قيد بكيلا لانه لو اشتراه
مجازفة يجوز له الاكل والبيع قبل
ان يكيله بعد القبض (ومثله الموزون
والمعدود لا المذروع) عنده يعنى
لو اشترى مذروعا على شرط انه
كذا ذراعا يجوز للمشترى لبسه
وبيعه قبل ان يذرعه وعند ابى يوسف
ومحمد المعدود كالمذروع (وصح
التصرف فى الثمن) أى تصرف
البائع فى ثمن المبيع (قبل قبضه) أى
قبض الثمن

فى الثمن الخ) بان ملكه ممن عليه بعوض أو بغير عوض صورة تمليك الثمن ممن عليه بعوض ان يشترى البائع من المشترى شيئا بالثمن الذى له عليه أو استأجر به عبدا أو دار المشترى أو ملكه منه بغير عوض كالهبة والوصية نهر فاذا وهب منه الثمن ملكه بمجرد الهبة لعدم احتياجه الى القبض وكذا الصدقة واما فى الوصية فالظاهر ان للموصى مطالبته بعد الوصية بدفع الثمن وان لم يرجع عن الوصية ولا يكون ذلك رجوعا عنها الا ان الموصى له انما يملك الموصى به بالقبول بعد موت الموصى على ما عرف فى محله فان قلت التصرف فى الثمن قبل قبضه لم ينحصر فى تمليكه ممن عليه بل هو شامل لما لو أحال شخصا بقبضه مثلا أو وكله بقبضه خلافا لما يظهر من كلام العينى لذكره اياه بباء التصوير قلت انما حصره فيما ذكر لا للاحتراز عن جواز الاحالة والتوكيل بل لانه اذا أحال أو وكل لم يكن ذلك من وضع المسئلة وهو التصرف فيه قبل القبض أما فى الوكالة فلان قبضه كقبض الموكل وأما فى الحوالة فلان المحتال يصير قابضا بالنيابة عن المحيل ثم لنفسه هذا ما ظهر لى من الجواب حين سئلت عنه (تتمة) تمليك الثمن من غير من عليه لا يجوز لتعذر تسليمه عقب عقد التمليك وكذا يصح التصرف فى الديون قبل القبض كالمهر والاجرة وضمان المتلفات ونحوها سوى الصرف والسلم وقول العينى كالمهر والاجارة صوابه والاجرة وأراد بنحوها الموروث والموصى به كما فى الدر ونص عبارته مع المتن معزيا للعينى وكذا الحكم فى كل دين قبل قبضه كمهر واجرة وضمان متلف وبدل خلع وعتق بمال وموروث وموصى به قال والحاصل جواز التصرف فى الاثمان والديون كلها قبل قبضها انتهى فتقييده بالاثمان والديون يفيد ان التصرف فى الموروث من الاعيان بالهبة ونحوها قبل القبض لا يجوز وهى حادثة الفتوى واستفيد منه أيضا ان استثناء الموروث ونحوه كالمهر وبدل الخلع من عدم جواز بيع المنقول قبل قبضه فى عبارة بعضهم كالقهستانى ليس على اطلاقه بل يحمل على ما اذا كان ذلك من الاثمان أو الديون وانما استثنى الصرف والسلم لما ان للمقبوض حكم عين المبيع فى السلم والاستبدال بالمبيع قبل قبضه لا يجوز وكذا فى الصرف كما فى النهر ولان التصرف فى أحد بدلى الصرف ورأس مال السلم قبل القبض يستلزم افتراق المتعاقدين لا عن قبض فيفسد العقد فيهما لانه يشترط لبقائهما على الصحة قبض كل من بدلى الصرف ورأس مال السلم قبل الافتراق كما سيأتى وكذا الا فرق فى جواز التصرف فى الثمن قبل قبضه بين ان يكون مما يتعين كالمكيل والموزون أولا كالدراهم والدنانير حتى لو باع بدراهم او بكر من الحنطة جاز ان يأخذ بدلهما شيئا آخر درر والكرا ثنا عشر صاعا (قوله وصح الزيادة فيه) ولو من غير جنسه فى المجلس او بعده من المشترى او وارثه بشرط قبول البائع فى المجلس وبقاء المبيع وكونه محلا للمقابلة فى حق المشترى فلو باع بعد القبض أو اعتق أو دبر او كاتب أو استولد أو وهب وسلم أو ماتت الشاة أو طبخ اللحم أو طحن البر او نسج الغزل أو تخمر العصير أو اسلم مشترى الخمر لا تصح الزيادة نهر لفوات محل العقد وكذا الو زاد فى مهرها بعد موتها لا تصح قال فى الدر بخلاف ما لو أجر او رهن أو جعل الحديد سيفا أو ذبح الشاة لقيام الاسم والصورة وبعض المنافع انتهى وروى الحسن فى غير رواية الاصول انها تصح بعد هلاك المبيع وعلى هذه الرواية تصح الزيادة فى المهر بعد الموت ولو زاد الاجنبى فان بامر المشترى أو باجازته لزمته وان لم يجز بطلت ولو كان حين زاد ضمن عن المشترى أو اضافها الى مال نفسه لزمته الزيادة ثم ان كانت بأمر المشترى رجع والا فلا نهر ولو عبر باللزوم بدل الصحة لكان أولى لانها لازمة حتى لو ندم المشترى بعد ما زاد يجبر اذا امتنع بحر (قوله وصح للبائع الحط منه) ولو بعد هلاك المبيع وقبض الثمن در قال فى النهر فى ابرائه عن البعض بعد القبض خلاف ففى الذخيرة انه لا يصح لانصراف المطلق منه الى براءة الاستيفاء حتى لو أبرأه براءة اسقاط صح وذكر السرخسى ان الابراء المضاف الى الثمن صحيح مطلقا وهو المناسب للاطلاق وعرف من هذا انه لا خلاف فى رجوع الدافع بما اداه اذا ابرأه براءة اسقاط وفى عدم رجوعه اذا ابرأه براءة استيفاء وان الخلاف مع الاطلاق اه (قوله بعد تعيينه) أراد بتعيين الثمن كونه معلوم القدر

والا

(و) صح للمشترى (الزيادة فيه) اى فى الثمن للبائع بعد تعيينه فى البيع (و) صح للبائع (الحط منه) للمشترى بعد تعيينه فيه

والا فالثمن لا يتعين وان عين وكذا التقييد بالتعيين فى جانب الزيادة على المبيع يراد به العلم بمقدار المبيع لا كما يتوهم من كون المراد به ما يتعين بالتعيين لفساد المعنى حينئذ لاقتضائه عدم صحة الزيادة عليه اذا كان مما لا يتعين مع انه لا فرق فى جواز الزيادة على المبيع بين ما يتعين وما لا يتعين والتفرقة بينهما انما هى فى الحط ان كان دينا يجوز وان كان عينا لم يجز كما يشير الى ذلك ما سيأتى عن المحيط معزيا للنهر والبحر والظاهر ان المراد بالعين القيمى وبالدين المكيل والموزون (قوله وعند زفر والشافعى لا يصحان) على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار الصلة لانه لا يمكن تصحيح الزيادة لانه ملك المبيع وكذا الحط لان جميع الثمن صار مقابلا بجميع المبيع فصار برا مبتدأ ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه خاسرا أو رابحا أو عدلا ولهما ولاية ذلك الا ترى ان لهما ولاية الرفع بالكلية بالتقايل فاولى ان يكون لها ولاية التغيير لانه دونه بخلاف حط الكل لانه تبديل لا صله لانه ينقلب هبة أو بيعا بلا ثمن فيفسد ثم فائدة الالتحاق تظهر فى التولية والمرابحة والشفعة حتى يأخذ بالباقى بعد الحط وانما لا تلزمه الزيادة لان فيها ابطال حقه الثابت بالبيع الاول وهما لا يملكانه وفيما اذا استحق المبيع حتى يرجع المشترى على البائع بالزيادة ولو أجاز المستحق البيع كان له ان يطالب بالزيادة وتظهر فى حق الفساد فى الصرف حتى لو باع الدراهم بالدراهم متساوية ثم زاد أحدهما أو حط وقبل الآخر وقبض المزيد فى الزيادة أو المردود فى الحط فسد العقد وهذا عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف لا تجوز الزيادة ولا تصير هبة مبتدأة حتى يجب عليه ان يرد المحطوط وقال محمد فى الزيادة مثل قول أبى يوسف وفى الحط يكون هبة مبتدأة وتظهر أيضا فيما اذا زاد على المبيع حتى يصير له حصة من الثمن للحال حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض تسقط حصتها من الثمن بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لا يسقط شئ من الثمن بهلاكها قبل القبض وفيما اذا زوج أمته ثم أعتقها ثم زاد الزوج على مهرها بعد العتق تكون الزيادة للمولى ومحل التحاق المحطوط باصل العقد اذا لم يكن المحطوط تبعا ووصفا فان كان لم يلتحق حتى لو اشترى دارا بألف ونقد زيوفا أو نبهرجة برضا البائع يأخذها الشفيع بالجياد وكذا اذا اشترى دارا بعبد فاعور ورضى به البائع فان الشفيع يأخذ الدار بقيمة العبد صحيحا ولا تجوز الزيادة فى المسلم فيه لانه معدوم حقيقة وانما جعل موجودا فى الذمة لحاجة المسلم اليه وهى لا تندفع حاجته بل تزيد فى حاجته وكذا لا تجوز الزيادة فى المنكوحة لان الشرع ما ورد بتمليك الزيادة المتولدة من المملوكة تبعا للنكاح زيلعى واعلم ان التحاق الحط باصل العقد مقيد بما اذا لم يكن من الوكيل حتى لو حط الوكيل ببيع الدار عن المشترى مائة صح وضمن للموكل ويأخذها الشفيع بجميع الثمن لان حط الوكيل لا يلتحق باصل العقد نهر عن الخانية (قوله وصح الزيادة فى المبيع) ولا يشترط قيام المبيع بخلاف الزيادة فى الثمن وأما الحط من المبيع ففى المحيط ان كان دينا يصح وان كان عينا لا يصح لانه اسقاط واسقاط العين لا يصح نهر عن البحر وقوله بخلاف الزيادة فى الثمن اى فانه يشترط لصحتها قيام المبيع كما سبق (قوله وصح تأجيل كل دين) سواء كان ثمنا أو غيره لان له الابراء منه فتأخير المطالبة به أولى بشرط قبول المديون حتى لو رده بقى حالا وأطلق فى صحة التأجيل فعم ما لو كان الى أجل مجهول لما مر فى البيع الفاسد عند الكلام على البيع بثمن مؤجل الى الحصاد وقدوم الحاج انه لو باع مطلقا ثم أجل الثمن الى هذه الاوقات جاز لان هذا تأجيل الدين والجهالة متحملة فيه بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه فى صلب العقد (تتمة) قال المدين لا أقر لك بما لك حتى تؤخره أى مطالبته عنى أو تحط بعض المال ففعل صح عليه أى لزمه وليس للدائن ان يطالب المديون فى الحال وبما حط هذا اذا قاله سرا حتى لو قال علانية بحضرة الشهود يؤخذ المقر بالمال فى الحال كذا بخط شيخنا معزيا للمصنف والشارح فى باب الصلح فى الدين (قوله ثم أجل أجلا معلوما) احترز بالمعلوم عن المجهول جهالة متفاحشة فلا يخالف ما ذكرناه من انها اذا لم تتفاحش كما لو كانت الى الحصاد أو قدوم الحاج يصح لكونها يسيرة فتحتمل فى التأجيل بعد العقد لكن قدمنا عن عزمى

قوله او عدلا بأن لم يكن فيه ربح ولا خسران اه حموى

وعند زفر والشافعى لا يصحان (و) صح للبائع (الزيادة فى المبيع) بعد تعيينه و(يتعلق الاستحقاق بكله) اى استحقاق البائع والمشترى فى الثمن والمبيع والزيادة والمزيد عليه (وصح تأجيل كل دين) حال حتى لو باعه شيئا بثمن حال ثم أجل أجلا معلوما صار مؤجلا

ترجيح انها لا تحتمل مطلقا وهو الظاهر من كلام الشارح هنا لان المتبادر من قوله ثم اجل أجلا معلوما انه احتراز عن الاجل المجهول مطلقا بلا فرق بين الجهالة اليسيرة والمتفاحشة (قوله غير القرض) وبدل الصرف والسلم والثمن عند الاقالة و بعدها وما أخذ به الشفيع ودين حل بموت المديون در عن مداينات الاشباه وقصر الاستثناء على هذه الاشياء يشير الى ان بدل الصلح ولو عن دم عمد يجوز تأجيله ولا ينافيه ماسيأتى فى المتن فى الفصل من كتاب الجنايات حيث قال وان صولح عن دم على مال وجب حالا يرشد الى ذلك قول العينى وانما وجب حالا لانه دين وجب بالعقد والاصل فى مثله الحلول كالثمن والمهر بخلاف الدية لانها لم تجب بالعقد انتهى فما اشتهر على السنة الناس من ان بدل الصلح لا يصح فيه التأجيل لا أصل له واعلم انه فى الدر ذكر فى الباب الآتى باب الاستحقاق فرعا وعزاه للدرر فقال لو صالح عن الدنانير على دراهم وقبض الدراهم فاستحقت بعد التفرق رجع بالدنانير لان هذا الصلح فى معنى الصرف فاذا استحق البدل بطل الصلح فوجب الرجوع انتهى فاستفيد منه ان بدل الصلح لا يشترط قبضه قبل الافتراق الا اذا كان فى معنى الصرف (قوله يعنى لا يلزم) أشار به الى التورك على المصنف لان ظاهر كلامه يعطى عدم صحة التأجيل فى القرض لما ان المستثنى منه الصحة مع انه جائز غير لازم ويجاب بما فى النهر من انه أراد بالصحة اللزوم او يكون الاستثناء منقطعا ووجه عدم لزوم الاجل فى القرض انه عارية ابتداء ولهذا صح بلفظ العارية ولم يملكه من لا يملك التبرع كالوصى والصبى معاوضة انتهاء لان الواجب فيه رد المثل فعلى الاول لا يلزم وعلى الثانى لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهذا يقتضى فساده وهو خلاف الاجماع فقلنا بجوازه غير لازم كذا فى النهر وفى قوله وهو خلاف الاجماع نظر لما سيأتى منه عن القنية من تصريحه ببطلانه وليس من تأجيل القرض تأجيل بدل الدراهم أو الدنانير المستهلكة اذ بالاستهلاك لا تصير قرضا (تتمة) تأجيل الدين على ثلاثة أوجه باطل فى بدل صرف وسلم وصحيح غير لازم فى قرض واقالة وشفيع ودين ميت ولازم فيما عدا ذلك بحر واقره المصنف وتعقبه فى النهر بان الملحق بالقرض تأجيله باطل ولنذكر عبارة النهر لتكون ايضاحا لما ذكره فى الدر لو حل الدين بموت المديون فأجل رب الدين وارثه لم يصح وكذا لو أجل المشترى الشفيع فى ثمن وفى القنية أجل المشترى البائع سنة عند الاقالة صحت الاقالة و بطل الاجل ولو تقايلا ثم أجله ينبغى ان لا يصح الاجل عند أبى حنيفة فان الشرط اللاحق بعد العقد يلتحق بأصل العقد انتهى وانما لا يصح تأجيل رب الدين وارث المديون لانه تعين المتروك لقضائه كذا بخط شيخنا يشير به الى ان الاجل انما يكون لما وجب فى الذمة دون الاعيان بقى ان يقال كون الاجل فى القرض يصح ولا يلزم يشير اليه ما فى النهر عن الظهيرية حيث قال القرض المجحود يلزم تأجيله لكن يعكر عليه ما فى النهر أيضا عن القنية حيث قال وفى القنية التأجيل فى القرض باطل فحيث كان القول ببطلان الاجل فى القرض مصرحا به فى القنية فما ادعاه فى النهر من قوله فيما سبق وهذا يقتضى فساده وهو خلاف الاجماع ممنوع واعلم أنه فى الدر استثنى من عدم لزوم الاجل فى القرض عدة مسائل فقال تأجيل القرض لا يلزم الا فى اربع اذا كان مجحودا وحكم مالكى بلزومه بعد ثبوت أصل الدين عنده أو احاله على آخر فأجله المقرض أو احاله على مديون مؤجل دينه لان الحوالة مبرئة والرابع أوصى بتأجيل قرضه الذى له على زيد سنة فيصح ويلزم انتهى وقوله اذا كان مجحودا وحكم مالكى الخ يتعين ذكره بواو الحال لا بأو فيكون حكم المالكى قيدا فى المسئلة والدليل على ذلك قوله والرابع والحاصل ان جعل الحكم بلزوم الاجل قيدا فى القرض المجحود يشير اليه ما فى النهر عن القنية حيث قال قضى بلزوم الاجل فى القرض بعد ما ثبت عنده معتمدا على قول مالك صح ويلزم اذ قوله بعد ما ثبت يقتضى جحوده لكن يعكر عليه ما فى النهر أيضا عن الاشباه معزيا للظهيرية حيث قال القرض المجحود يلزم تأجيله اذ مقتضى اطلاقه ان لزوم الاجل فيه لا يتوقف على الحكم به وقوله فى الدر او احاله على آخر الخ يعنى احال المستقرض المقرض على آخر بدينه فأجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فيلزم حينئذ

كما

(غير القرض) فان تأجيله لا يصح يعنى لا يلزم حتى لو أجله عند الاقراض مدة معلومة أو بعده لا يثبت الاجل وله أن يطالبه فى الحال الا فى مسئلة وهى ان يوصى ان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة ويخرج من ثلث ماله يلزمهم أن يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة

كما فى النهر ومثله فى الدر مع زيادة قوله حتى لو أراد المقرض ان يطالب المستقرض بذلك الدين ليس له ذلك قال شيخنا وفيه بحث لان المقرض ليس له مطالبة المستقرض بعد الاحالة على الغير وان لم يؤجل فالتأثير فى عدم مطالبة المستقرض للاحالة لا للتأجيل فوجوده وعدمه سواء بقى ان يقال قوله فى الدر وحكم مالكى الخ يقتضى اشتراط صدور الحكم به ممن يراه فمفاده انه لو حكم به من لا يراه معتمدا على مذهب غيره لم يلزم ويخالفه ما سبق عن القنية حيث قال قضى بلزوم الاجل معتمدا على قول مالك الخ اذ هو ظاهر فى ان الحكم به صدر ممن لا يراه قلت ما فى القنية يبتنى على القول بانه اذا حكم بمذهب غيره ينفذ وهما قولان مرجحان ولكن عدم النفاذ هو الارجح كما سيأتى فى محله (قوله وقال مالك يصح الخ) يتعين ان يكون المراد بالصحة فى كلام الامام مالك اللزوم والا فنحن نقول بجوازه مجردا عن اللزوم فلا معنى لذكره حينئذ على وجه المقابلة فتدبر

(باب الربا)

بكسر الراء وفتحها خطأ مقصور على الاشهر وحرمته بالادلة الثلاثة الكتاب والسنة والاجماع فلهذا يكفر مستحله (قوله لكن فى المرابحة الخ) يشير بهذا الاستدراك الى وجه تقديم المرابحة لكون الاباحة كما فى النهر هى الاصل قلت هذا انما يتم على القول بان الاصل فى الاشياء الاباحة لا على ما قيل من ان الاصل فيها الحظر أو التوقف (قوله و يسمى المكان المرتفع ربوة) بضم الراء فى الاكثر وبالفتح فى لغة بنى تميم والكسر لغة مصباح (قوله لفضله على سائر الاماكن) أى لزيادته ارتفاعا زيلعى (قوله هو فضل مال) ولو حكما فدخل ربا النسيئة والبيوع الفاسدة فكلها من الربا فيجب رد عين الربا لو قائما حقا للشرع لا رد ضمانه لانه يملك بالقبض وابراؤه عن الفضل بعد استهلاكه صحيح نهر والمراد ان رد ضمانه لا يجب حقا للشرع وان وجب حقا للعبد حموى عن الاشباه وحيث اريد بفضل المال ما يشمل المعنى الحقيقى والحكمى كما فى النهر والدر فحينئذ يستغنى عما ذكره الشارح فيما سيأتى من ان المصنف بنى تعريفه على ما هو الغالب بناء على ما فهمه من قصر فضل المال على المعنى الحقيقى فيلزم كون التعريف غير جامع للافراد لخروج ربا النسيئة وقد علمت خلافه فلا ورود للسؤال من أصله بخلاف ما ذكره فى الدرر حيث عرفه بقوله هو فضل أحد المتجانسين على الآخر الخ فانه خاص بربا الفضل ولا ينفعنا فى الجواب عن ايراد ربا النسيئة ان يراد بالفضل الاعم من الحقيقى والحكمى لانه لا يطرد لعدم شموله لربا النسيئة فى مختلفى الجنس كما لو باعه كر شعير بكر بر نسيئة اذ لا يدخل تحت قوله فضل أحد المتجانسين ولو بعد اعتبار التعميم شيخنا (قوله بلا عوض) خرج به ما سيأتى فى الصرف من انه لو باعه كر بر وكر شعير بضعفهما فانه جائز صرفا للجنس الى خلاف جنسه اذا كان يدا بيد (قوله فى معاوضة مال بمال) زاد فى الوقاية مشروط لاحد المتعاقدين لانه لو شرط لغيرهما لا يكون ربا نهر فيجوز البيع و يبطل الشرط وما فى الشرنبلالية وجرى عليه فى الدر من انه يكون فاسدا معللا بانه شرط فيه ما لا يقتضيه العقد قال شيخنا فيه نظر لان الشرط المفسد هو ان لا يكون مما يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين او المبيع ان كان من أهل الاستحقاق بان كان آدميا فان لم يكن كذلك بان كان مما لا يقتضيه العقد لكن فيه مضرة لاحدهما أو ليس فيه منفعة ولا مضرة لاحد أو فيه منفعة لغير المتعاقدين والمبيع جاز البيع و بطل الشرط كما فى الاختيار انتهى واعلم ان التقييد بقوله فى معاوضة مال بمال مخرج للهبة فليس الفضل فى الهبة ربا فلو شرى عشرة دراهم فضة بعشرة دراهم و زاد دانقا ان وهبه منه انعدم الربا ولم يفسد الشراء وهذا ان ضرها الكسر لانها هبة مشاع لا يقسم در (قوله والفضل ليس بمال) أى حقيقة فلا ينافى ما قدمناه من ان لربا النسيئة حكم المال وعليه فالتعريف شامل لكل من ربا الفضل والنسيئة فلا يرد عليه شئ ليقال انه بنى التعريف على الغالب (قوله وعلته القدر والجنس) لان الاصل

وقال مالك يصح فى القرض أيضا

(باب الربا) تناسب البابين من حيث ان فيهما زيادة لكن فى المرابحة زيادة هى حلال وفى الربا زيادة هى حرام والاحتراز عن الشبهة واجب فى كل باب ثم الربا فى اللغة الفضل يقال هذا ربو على ذلك أى يفضل و يسمى المكان المرتفع ربوة لفضله على سائر الاماكن وفى الشرع (هو فضل مال بلا عوض فى معاوضة مال بمال) أى غالبا لان بيع الدراهم بالدراهم متساوية جنسا واحدا نسيئة يكون ربا والفضل ليس بمال وانما هو فضل منفعة (وعلته) أى علة وجوب المساواة التى يلزم عند فواتها الربا وعلة كون المال ربا أو علة حرمة الفضل (القدر والجنس

فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا أى بيعوا مثلا بمثل أو بيع الحنطة بالحنطة مثل بمثل والخبر بمعنى الامر ولما كان الامر للوجوب والبيع مباح صرف الوجوب الى رعاية المماثلة والمماثلة بين الشيئين تكون باعتبار الصورة والمعنى معا والقدر يسوى الصورة والجنسية تسوى المعنى فيظهر الفضل الذى هو الربا درر وقوله والخبر بمعنى الامر أى فى رواية الرفع وقوله والقدر يسوى الصورة فان كيلا من البر عادل كيلا من الذرة من حيث الصورة دون المعنى لعدم المجانسة شيخنا والجنس هو مشاكلة المعانى واختلافه يعرف باختلاف الاسم الخاص واختلاف المقصود فالحنطة والشعير جنسان نهر واذا كان الاصل واحدا واضيف اليه مختلف الجنس صار جنسين يجوز التفاضل بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد أصلهما واحد وهو الزيت أو الشيرج فصارا جنسين باختلاف ما أضيف اليه من الورد أو البنفسج نظرا الى اختلاف المقصود والغرض ولا يبالى باتحاد الاصل شرنبلالية (قوله والمراد بالقدر الخ) انما قال ذلك لان القدر يشمل الذرع والعدد وليسا من أموال الربا ألا ترى الى ماسيأتى من تجويزهم البيضة بالبيضتين ونحوه فلو كان العدد من القدر لما جاز ذلك وكذا يتفرع على ان الذرع فى الذرعيات ليس بقدر ماذكره فى الدرر من ان فضل عشرة أذرع من الثوب الهروى على خمسة اذرع منه لايكون ربا لانتفاء المعيار الشرعى انتهى ولهذا نقل فى النهر عن سعدى ان أل فى القدر للعهد (قوله وعند الشافعى الطعم الخ) لحديث معمر بن عبدالله قال كنت اسمع النبى عليه الصلاة والسلام يقول الطعام بالطعام مثل بمثل شرط المماثلة وعلله بوصف الطعم فكان علة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لاتبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين عام فيما يحله فيتناول المطعوم وغيره عينى والطعم بالضم الطعام كما فى الصحاح وأما بالفتح فمعناه الذوق وهو لايناسب هنا شيخنا (قوله وقال مالك العلة الاقتيات الخ) لانه عليه السلام خص بالذكر كل مقتات ومدخر ولان العزة والخطر به أكمل فكان انسب واولى بالاعتبار ولنا ماروى من قوله عليه السلام ماوزن مثل بمثل اذا كان نوعا واحدا وما كيل فمثل ذلك فاذا اختلف النوعان فلا بأس به رتب الحكم على القدر والجنس وهو نص على انهما علة الحكم لان ترتيب الحكم على الاسم المشتق ينبئ عن علية مأخذ الاشتقاق لذلك الحكم فيكون تقديره المكيل والموزون مثل بمثل بسبب الكيل أو الوزن مع الجنس زيلعى وثمرة الخلاف تظهر فى الجص بالجص متفاضلا كأردب من الجص بأردبين منه لايجوز عندنا لوجود العلة وهى القدر والجنس مطلقا وان لم يكن مما يطعم او يقتات وكذا بيع قنطار من الحديد بقنطارين منه لايجوز عندنا أيضا وعند الامام مالك والامام الشافعى يجوز ذلك لعدم العلة عندهما وهى الطعم والاقتيات (قوله وحرم النسأ فقط الخ) لايقال أحدهما جزء العلة وبه لايثبت الحكم ولاشئ منه فكيف يثبت بأحدهما حرمة النسأ لانا نقول أحدهما علة تامة لهذا الحكم وهو حرمة النسأ وان كان بعض العلة فى حق ربا الفضل فلا يلزم المحظور زيلعى وهو توزيع أجزاء الحكم على اجزاء العلة شيخنا (قوله بأحدهما) يستثنى من ذلك اسلام النقود فى الموزونات بالاجماع كيلا ينسد اكثر أبواب السلم وسائر الموزونات خلاف النقدين لايجوز اسلامها فى الموزونات وان اختلفت أجناسها كاسلام حديد فى قطن الا اذا خرج بالصنعة من أن يكون موزونا الا فى الذهب والفضة فلو أسلم سيفا فيما يوزن جاز الا فى الحديد فلا يجوز لاتحاد الجنس ولهذا يجوز بيع الاناء من غير النقدين بمثله من جنسه يدا بيد نحاسا كان او حديدا وان كان أحدهما اثقل من الآخر بخلافه من الذهب والفضة فانه يجرى فيهما ربا الفضل وان كانت لاتباع وزنا لان صورة الوزن منصوص عليها فيهما فلا تتغير بالصنعة فلاتخرج عن الوزن بالعادة نهر وقوله فلاتخرج عن الوزن بالعادة يشير الى ان جواز بيع الاناء من نحاس أو حديد بمثله من جنسه وان كان أحدهما أثقل مقيد بما اذا كان لايباع وزنا وبه صرح فى البحر عن الخانية ونصه باع اناء من حديد بحديد ان كان الاناء يباع وزنا تعتبر المساواة فى الوزن والا فلا الخ واما اسلام الفلوس فى الموزون فمقتضى ماذكروه انه لايجوز لانها

قوله عام فيما يحله عبارة الزيلعى بعد سوق الحديث المذكور والمراد به ما يحل الصاع اذ لا يجرى الربا فى نفسه وهو عام فيما يحله أى يحل فيه أى الصاع فيتناول المطعوم وغيره اهـ بحراوى

والمراد بالقدر الكيل فيما يكال والوزن فيما يوزن وعند الشافعى الطعم فى المطعومات والثمنية فى الاثمان والجنسية شرط وقال مالك العلة الاقتيات والادخار (وحرم الفضل القدر والجنس) أى بهما يعنى متى وجدا حرم الفضل والنساء مطلقا والجنس حرم الفضل والنساء فى المطعوم وغيره فلا يجوز بيع الحنطة بالحنطة متفاضلا أو بنساء سواء كان فى المطعوم أو غيره وهو التأخير مثلا (و) حرم (النسأ فقط) كما فى المغرب (بأحدهما) فيجوز بيع البر بالشعير متفاضلا يدا بيد لا نسيئة وقال الشافعى الجنس بانفراده لا يحرم النساء (وحلا بعدمهما) أى حل التفاضل والنساء اذا عدم القدر والجنس فيجوز

وزنية وذكر الاسبيجابى جوازه لانها عددية وأقول ينبغى ان يقال ان كانت كاسدة لايجوز لانها وزنية حينئذ وعليه يحمل مافى الفتح نهر (قوله فيجوز بيع المكيل بالموزون) كالحنطة بالدراهم والدنانير وفيه ان القدر لم يعدم وانما عدم الاتحاد فيه حموى (قوله بالتفاضل) فيجوز بيع هروى بمروى بين لعدم العلة وهى وان كانت لاتوجب عدم الحكم لكن اذا اتحدت لزم من عدمها العدم لابمعنى انها تؤثر العدم بل لايثبت الوجود لعدم علته فيبقى عدم الحكم على العدم الاصلى واذا عدم سبب الحرمة والاصل فى البيع الاباحة كان الثابت الحل نهر عن الفتح لكن لو أبدل قوله فيجوز بيع هروى بمروين بقوله بمروين لكان أولى اذ لا فرق فى الجواز واذا علم جواز بيع الهروى بالمروين فلان يعلم جواز بيعه بالمروين بالاولى بخلاف العكس لما فيه من الايهام (قوله وصح بيع المكيل الخ) مانص الشارع على انه مكيل أوموزون فهو كذلك أبدا وان ترك الناس ذلك حتى لو باع المكيل وزنا أو الموزون كيلا لايجوز وان تساويا فيما يبيعانه حتى يعلم تساويهما بالاصالة ومالا نص فيه تعتبر العادة وعن أبى يوسف ان العرف على خلاف المنصوص عليه معتبر لان النص عليه فى ذلك الوقت انما كان للعادة فكانت هى المنظور اليه فى ذلك الوقت وقد تبدلت بحر قال فى الحواشى السعدية وعلى هذا فاستقراض الدراهم عددا وبيع الدقيق وزنا على ماهو المتعارف فى زماننا ينبغى ان يكون مبنيا على هذه الرواية وفى النهر عن الكافى الفتوى على عادة الناس وفى الدر عزا ترجيح اعتبار العرف مطلقا الى الكمال لكن فى الشرنبلالية عن الكمال تعليل عدم اعتبار العرف بأنه يجوز ان يكون على باطل كتعارف أهل زماننا اخراج الشموع والسراج الى المقابر ليالى العيد والنص بعد ثبوته لايحتمل ان يكون على باطل انتهى (قوله وما ينسب الى الرطل) أى يقع عليه كيله أو الى الاوقية نهر وقوله الى الاوقية عطف على قوله الى الرطل والرطل بكسر الراء وفتحها قال الجوهرى انه نصف من وهو مايوزن به وفى البناية انه اثنا عشر أوقية بحر (قوله كالدهن) فانه لايستمسك الا فى وعاء وفى وزن كل وعاء حرج فاتخذ الرطل لذلك تيسيرا فالمراد ماعين معلوميات الوزن بحر فلو بيع الموزون بمكيال لايعرف وزنه بمكيال مثله لايجوز لتوهم الفضل فى الوزن هداية واستشكله الزيلعى بأن الشيئين اذا استويا فى كيل واحد يلزم ان يستويا فى كيل آخر أيضا ولا تأثير لكونه معلوما أو مجهولا فى ذلك اذ لايختلف ثقله فيهما وفى الفتح باع الفضة بجنسها كفة ميزان بكفة ميزان جاز وهذا يؤيد ما ادعاه الزيلعى وفى الصيرفية تبايعا تبرا بذهب مضروب كفة بكفة لايجوز مالم يعلما وزن الذهب لانه وزنى وهذا يشهد لصاحب الهداية والظاهر انهما قولان نهر (قوله وجيده كرديئه) لقوله عليه السلام جيدها ورديئها سواء فالجودة فى الاموال الربوية لاتعتبر الا فى مال اليتيم فلا يجوز للوصى بيع جيده برديء وينبغى ان يكون الوقف كذلك وفى مال المريض حتى اعتبرت من الثلث وفى القلب المرهون اذا انكسر ونقصت قيمته فللراهن تضمين المرتهن قيمته ذهبا وتكون رهنا نهر والقلب بالضم سوار المرأة (قوله تعيين البدلين) فان كان أحدهما دينا والآخر عينا ان كان العين هو المبيع جاز ويشترط احضار الدين والقبض فى المجلس قبل التفرق بالابدان لان الدين لايتعين الا بالقبض ولو قبض الدين فقط ثم تفرقا جاز نحو بعتك هذا القفيز من الحنطة بقفيز من حنطة جيدة وان كان الدين هو المبيع لم يجز وان أحضره فى المجلس كما اشتريت منك قفيز حنطة جيدة بهذا القفيز لانه جعل الدين مبيعا فصار بيع ماليس عنده ومادخل عليه الباء فهو ثمن بحر (قوله لاتقابضهما) حتى لو باع برا ببر بعينهما وتفرقا قبل القبض جاز درر (قوله وقال الشافعى التقابض شرط فى بيع الطعام الخ) لحديث عمر بن الخطاب انه عليه السلام قال الذهب بالذهب ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب ونحوه اذا بيع بعينه لحصول المقصود وهو التمكن من التصرف بخلاف الصرف لانه لايتعين الا بالقبض والمراد بمارواه التعيين غير ان مايتعين به يختلف فالنقدان يتعينان بالقبض وغيرهما بالتعيين فلا يلزم الجمع بين المشترك ولا بين الحقيقة والمجاز

قوله بعد تمام عبارة وان كانت رقيقة يجوز لانهم فى هذه الحالة اخرجوها مجرى التعويض حتى أوجبوا الزكاة فيها وعليه يحمل ما للاسبيجابى وهذا ينبغى أن يعول عليه اهـ بحراوى

مطلب تعارف اخراج الشموع والسرج الى المقابر حرام لانه تعارف على باطل

بيع المكيل بالموزون بالتفاضل والنساء (وصح بيع المكيل كالبر والشعير والتمر والملح والموزون كالنقدين وما نسب الى الرطل) كالدهن ونحوه (بجنسه متساويا) لا متفاضلا وجيده كرديئه فلو باع قفيزا جيدا من حنطة بقفيزين رديئين منها لا يجوز (ويعتبر التعيين لا التقابض فى غير الصرف) أى يشترط تعيين البدلين فى مجلس العقد فيما يجرى فيه الربا لا التقابض وقال الشافعى التقابض شرط فى بيع الطعام بالطعام وفى الصرف التقابض شرط بالاجماع

وانما شرط القبض فى المصوغ من الذهب والفضة باعتبار أصل الخلقة وهو الثمنية لبقاء شبهة عدم التعيين زيلعى وهاء ممدود على وزن هاع ومعناه خذ كما فى العناية ومنه قوله تعالى هاؤم اقرؤا كتابيه أى كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقابضان والقصر خطأ نهاية عن المغرب وهو مبنى على الفتح قاله الكمال (قوله وصح بيع الحفنة الخ) لان هذه الاشياء ليست بمكيل ولا موزون فانعدمت العلة بانعدام احد شطريها وهو القدر زيلعى ولهذا كانت مضمونة بالقيمة عند الاتلاف اذلا تقدير فى الشرع بما دون نصف الصاع (قوله بالحفنتين يدا بيد) واما بيعها بالحفنتين نسيئة فلا يجوز لوجود الجنس حتى اذا انتفى الجنس مع القدر الشرعى حل البيع مطلقا ولو بالنساء لانتفاء كل واحد من جزءى العلة كبيع حفنة من بر بحفنتين من شعير درر وكما جاز بيع الحفنة بالحفنتين فكذا بالثلاث الى ست حفنات لان أدنى ما يكون مال الربا نصف صاع والست من الحفنات لا تبلغ نصف صاع وفى التقييد بالحفنة والحفنتين وارادة بهما مادون نصف صاع ايماء الى انه لو باع مادون نصف صاع بنصف صاع او اكثر لم يجز لوجود المعيار من أحد الجانبين فتحقق الشبهة وعلى هذا لو باع مالا يدخل تحت الوزن كالذرة من الذهب أو الفضة بمالا يدخل تحته جاز لعدم التقدير شرعا اذ لا تدخل تحت الوزن زيلعى (تتمة) ماسبق من ان أدنى ما يكون مال الربا نصف صاع ليس متفقا عليه ولهذا قال القهستانى بعد كلام وفيه اشارة الى ان كل واحد من البدلين اذا لم يبلغ نصف صاع أو قفيزا على الروايتين أو العبارتين فلا بأس به واما اذا بلغ أحدهما دون الآخر كما اذا باع أقل من نصف القفيز من البر بقفيز منه جاز على رواية الاصل الخ (قوله قدر ملء الكف) مخالف لما فى النهر عن الصحاح حيث قال وهى ملء الكفين ثم رأيت فى القهستانى ما نصه الحفنة بفتح المهملة وسكون الفاء ملء الكفين كما فى الصحاح والمقاييس لكن فى المغرب والقاموس والطلبة والنهاية ملء الكف اه (قوله خلافا للشافعى) ولمحمد أيضا فى النهر وروى المعلى عن محمد انه يكره التمرة بالتمرتين وقال كل شئ حرم فى الكثير فالقليل منه حرام اه وهذا هو الصحيح در عن الكمال لصيانة أموال الناس اذ عدم التقدير فى الشرع بما دون نصف الصاع لا يستلزم اهدار التفاوت فعلى ماذكره الكمال من ان الفضل المتيقن حرام وان لم يدخل تحت أدنى الكيل الذى ورد الشرع به وهو نصف صاع لا يكون للقدر حينئذ مدخل فى علة الربا فالعلة هى الجنس فقط ومن هنا يعلم ثبوت الحرمة بالطريق الاولى فيما اذا اتخذ بيع الحفنة بالحفنتين وسيلة الى بيع نحو الكر بالكرين (قوله أى صح بيع الحفنة بالحفنتين الخ حال كونهما معينين) أشار الشارح بهذا الى ان قوله بأعيانهما يتعلق بجملة هذه المسائل من بيع الحفنة الى بيع الفلس لا انه خاص بمسئلة بيع الفلس بالفلسين فقط كما يتوهم من كلام الزيلعى والعينى ولهذا تورك فى الدرعلى مصنف التنوير حيث ذكر قوله بأعيانهما عقب الفلس والفلسين مقدما على بيع التمرة بالتمرتين فقال لو أخره لكان أولى (تتمة) باع فلوسا بمثلها أو بدراهم أو بدنانير فان نقد أحدهما جاز وان تفرقا بلا قبض أحدهما لم يجز تنوير وشرحه ومافى البحر عن المحيط من قوله وان افترقا لا عن قبض أحدهما جاز صوابه بطل شيخ شاهين (قوله أو باع فلسا بعينه بفلسين غير معينين لا يصح) الا اذا قبض الدين الذى بغير عينه فى المجلس فانه يجوز واما اذا كان البدلان غير معينين فلا يجوز وان تقابضا فى المجلس نهر عن المحيط (قوله وعند محمد لا يصح بيع الفلس الخ) لانه ثمن فصار كالدرهم بالدرهمين نهر ولهما انه صار ثمنا باصطلاح الناس وقد خرج عن الثمنية باصطلاح العاقدين فان قيل اذا بطلت الثمنية عاد الى أصله موزونا فلا يجوز بيعه متفاضلا قلنا لا يعود موزونا لان اصطلاحهما على العد باق ولا يلزم من بطلان الثمنية بطلان العد زيلعى (قوله وقال محمد الخ) لنهيه عليه السلام عن بيع اللحم بالحيوان رواه فى الموطأ ولانه ما جنس واحد ولهذا لا يجوز بيع أحدهما بالآخر نسيئة فكذا متفاضلا ولهما انه بيع المعدود بالموزون فيجوز متفاضلا لاختلافهما جنسا لان الحيوان ليست فيه مالية اللحم اذ هى معلقة بفعل شرعى وهو الذكاة الا ترى انه لا ينتفع به انتفاع اللحم فصار جنسا آخر غير اللحم ولهذا قال الله تعالى

(وصح بيع الحفنة بالحفنتين) بالحاء المهملة فى الاول والثانى وبالجيم فى الدرر ملء القصعة وهو ما دون نصف الصاع فهو فى حكم الحبة (و) التفاحة بالتفاحتين والبيضة بالبيضتين والجوزة بالجوزتين و(التمرة بالتمرتين) خلافا للشافعى فى جميع هذه الصور (و) صح بيع (الفلس بالفلسين بأعيانهما) أى صح بيع الحفنة بالحفنتين الى آخره حال كونهما معينين حتى لو كان أحدهما بغير عينه بان باع فلسين معينين بفلس غير معين أو باع فلسا بعينه بفلسين غير معينين لا يصح وعند محمد لا يصح بيع الفلس بالفلسين مطلقا (و) صح بيع (اللحم بالحيوان) مطلقا عندهما سواء كان من جنسه بان باع لحم شاة بشاة أو من خلاف جنسه بان باع لحم بقر بشاة وقال محمد والشافعى اذا كان اللحم من جنسه لا يصح الا ان يكون اللحم المفرز

فكسوناالعظام لحما ثم أنشأناه خلقا آخر أى بنفخ الروح فاذا كان جنسا آخر جاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا وانما لا يجوز بيع أحدهما بالآخر نسيئة لان المتأخر منهما لا يمكن ضبطه على ما عرف فى باب السلم لا لانهما جنس واحد الا ترى انه لا يجوز ذلك اذا بيع بغيره من خلاف الجنس أيضا زيلعى فاستفيد منه ان مبنى الخلاف على ان لحم الشاة مع الشاة الحية جنس واحد عند محمد وعندهما جنسان بقى ان يقال صريح كلام الشارح ان الشافعى يقول بقول محمد اذا كان اللحم المفرز أكثر مما فى الشاة يجوز البيع والظاهر من كلام الزيلعى والعينى عدم جواز البيع أصلا عند الشافعى وأحمد (قوله أكثر من اللحم الذى فى الشاة) اعلم ان هذا اذا لم تكن الشاة مذبوحة غير مسلوخة فان كانت كذلك فاشتراها بلحم الشاة فالجواب فى قولهم جميعا كما قال محمد عينى قال وأراد بغير المسلوخة غير المفصولة عن السقط ولو اشترى شاة حية بشاة مذبوحة يجوز فى قولهم جميعا انتهى وعلى هذا شاتان مذبوحتان بشاة مذبوحة لم تسلخ يجوز بحر فان قلت ماسبق من انه أراد بالمسلوخة التى لم تفصل عن السقط فيه نظر لانه لا يشترط لجواز البيع عدم فصل السقط حتى لو بقى الجلد وحده متصلا بها لم يسلخ وكان اللحم المفرز أكثر مما فيها يجوز البيع أيضا لكون الزيادة فى المفرز بمقابلة الجلد قلت الجلد من مسمى السقط اذ هو ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلاق والجلد والاكارع كما فى النهر فالغرض الاحتراز عما لو فصل السقط كله الشامل للجلد وغيره (تتمة) لا بأس بالسمك واحدا باثنين لانه لا يوزن وما تعورف فيه الوزن فلا خير فيه الا مثلا بمثل بحر عن الخانية (قوله والكرباس) فى القاموس الكرباس بكسر الكاف ثوب من القطن الابيض حموى (قوله بالقطن) وكذا بالغزل لاختلافهما جنسا ولو باع القطن بغزله جاز عند محمد لاختلاف الجنس لان الغزل لا ينقض فيعود قطنا ومنعه ابو يوسف الا متساويا وقول محمد أظهر ولو باع المحلوج بغير محلوج جاز اذا علم ان الخالص أكثر مما فى الآخر ولو باع شاة على ظهرها صوف أو فى ضرعها لبن بصوف أو لبن يشترط ان يكون الصوف واللبن أكثر مما فى الشاة زيلعى (تتمة) بيع الصوف بلبده ان كان اللبد بحال لو نقض يعود صوفا تعتبر المساواة فى الوزن وان كان لا يعود لا تعتبر شيخ شاهين عن مجمع الروايات ولا بأس بغزل قطن بثياب قطن يدا بيد وكذا غزل كل جنس بثيابه اذا لم توزن در عن القنية (قوله أى كيلا) كذا فى غير كتاب خلافا للعينى حيث اعتبر التماثل بالوزن شيخنا (قوله وعند أبى يوسف ومحمد والشافعى لا يصح) لقوله عليه السلام حين سئل عنه أينقص اذا جف فقيل نعم فقال عليه الصلاة والسلام اذا فلا فسد البيع وأشار الى العلة وهى النقصان وله قوله عليه السلام فى الحديث المشهور والتمر بالتمر مثلا بمثل والرطب تمر فيجوز بيعه بالتمر متماثلا والدليل على انه تمر ما روى انه عليه السلام حين اهدى اليه رطب قال أو كل تمر خيبر هكذا ولانه ان كان تمرا جاز بيعه بأول الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام التمر بالتمر مثلا بمثل وان كان غير تمر فبآخره وهو قوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم وما روياه لم يصح لان مداره على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة ولو باع البسر بالتمر لا يجوز التفاضل لانه تمر على ما بينا بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر لانه ليس بتمر لان اسم التمر يطلق عليه من أول ما تنعقد صورته لا قبله زيلعى والكفرى بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء مقصورا اسم لوعاء الطلع وهى كم النخل أول ما ينشق واعلم ان الزيلعى تبع صاحب الهداية حيث ذكر ان زيد بن عياش ضعيف وتعقبه فى البناية بانه ثقة عند النقلة قال الخطابى وقد تكلم بعض الناس فى اسناد هذا الحديث وقال زيد بن عياش مجهول وليس كذلك فان ابن عياش هذا مولى لبنى زهرة وقد ذكره مالك فى الموطأ وأخرج حديثه مع شدة نقده للرجال وتتبعه لاحوالهم وأخرجه الترمذى وقال حديث حسن صحيح ورواه أحمد فى مسنده وابن حبان فى صحيحه والحاكم فى المستدرك وقال هذا حديث صحيح لاجماع أئمة النقل على أمانة مالك بن أنس وانه محكم لما يرويه انتهى قال الاكمل سلمنا قوته فى الحديث ولكنه خبر واحد لا يعارض به المشهور ومافى

أكثر من اللحم الذى فى الشاة ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقى بازاء السقط (و) صح بيع (الكرباس بالقطن) مطلقا سواء كان متساويا أو متفاضلا (و) صح بيع (الرطب بالرطب) متماثلا (او بالتمر متماثلا) أى كيلا عنده وعند أبى يوسف ومحمد والشافعى لا يصح (و) صح بيع (العنب بالعنب) مطلقا سواء علم التفاوت بعد الجفاف اولا (والزبيب) كبيع أى صح بيع العنب بالزبيب كبيع الرطب بالتمر على الخلاف

غاية البيان من ان المذكور فى كتب الحديث زيد أبو عياش رده فى البناية (قوله وقيل لا يصح اتفاقا) كالحنطة المقلية بغير المقلية والفرق له على هذه الرواية ان اطلاق اسم التمر على الرطب استعمل كامر ولا كذلك الزبيب نهر (قوله واللحوم المختلفة الخ) ولحم الجاموس والبقر جنس واحد وكذا لحم المعز مع الضأن فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا بخلاف بيع لحم الطير بجنسه متفاضلا حيث يجوز لانه غير مقدر زيلعى (قوله الدقل) بفتح الدال والقاف نهر (قوله وشحم البطن بالالية) أو باللحم وان كانت كلها من الضأن لانها أجناس مختلفة لاختلاف الاسماء والصور والمقاصد عينى وفى التعليل ايماء الى ان المذكور اذا كان من شاة واحدة فالحكم لا يختلف أيضا (قوله والخبز بالبر أو الدقيق) يدا بيد فان كان نسيئة ان كانت الحنطة هى المتأخرة جاز لانه أسلم موزونا فى مكيل وفى عكسه لا يجوز عند الامام لانه لا يوقف على حده فانه يتفاوت فى الصنعة عجنا وخبزا وكذا عند محمد لانه عددى عنده ويجوز عند أبى يوسف لانه وزنى عنده أو يجوز بشرط الوزن وان كان العرف فيه العدد والنضج وحسن العجن مضبوط نوعهما وخصوص ذلك القدر بعينه من العجن والنار مهدر واختاره المشايخ للفتوى لحاجة الناس نهر ويجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا مكبوسين وكانا على صفة واحدة من النعومة وفى الخلاصة يجوز وان كان أحدهما أخشن وان بالوزن ففيه روايتان عينى (قوله متفاضلا) فى أصح الروايتين عن الامام قيل هو ظاهر مذهب علمائنا الثلاثة وعليه الفتوى عددا أو وزنا كيف ما اصطلحوا عليه لانه بالصنعة صار جنسا آخر والبر والدقيق مكيلان فانتفت العلتان ولا يخفى ان هذا فى الحنطة ظاهر لانها مكيلة والخبز اما موزون أو معدود واما الدقيق فوزنى فى عرفنا ومع هذا يجوز التفاضل لاختلاف الجنس بالصنعة فقط نهر (قوله لا بيع البر بالدقيق أو السويق) لانه جنسه من وجه والمعيار فيهما الكيل وهو غير مسو لهما فكان فيه شبهة الربا نهر وكذا لا يجوز بيع الدقيق بالسويق لا متفاضلا ولا متساويا عند أبى حنيفة وقالا يجوز كيفما كان عينى لانهما جنسان مختلفان لاختلاف الاسم والمقصود الا ترى ان أحدهما يصلح لما لا يصلح له الآخر وللامام انهما جنس واحد من وجه شيخنا (قوله والسمسم) بكسر السين وحكى فتحها صحاح (قوله والشيرج) هو معرب وهو دهن السمسم وقيل للدهن الابيض وللعصير قبل ان يتغير شيرج تشبيها به لصفائه وهو بفتح الشين مثل زينب وهو ملحق بباب فعلل نحو جعفر ولا يجوز كسر الشين لانه يصير من باب درهم وهو قليل ومع قلته فأمثلته محصورة وليس هذا منها مصباح (قوله حتى يكون الزيت والشيرج أكثر الخ) فان قيل على هذا ينبغى ان يجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا كيلا على وجه الاعتبار بأن يصرف كل جنس الى خلاف جنسه قلنا ذلك يتأتى فى المنفصل دون المتصل زيلعى (قوله والزيادة بالثجير) هذا اذا كان له قيمة فان كان لا قيمة له كما فى زبد بعد اخراج السمن منه فيجوز مع مساواة الخارج للسمن المفرز نهر عن الخانية والثجير بفتح الثاء المثلثة ثفل كل شئ يعصر كما فى الصحاح والعامة تقوله بالمثناة وهو خطأ (قوله صح عند زفر) لان الاصل فى العقد هو الجواز فلا يفسد بالشك والاحتمال ولنا ان جهة الفساد غالبة لانه يفسد من وجهين ويصح من وجه واحد عينى ولان المتوهم فى الربا كالمتحقق زيلعى (قوله وزنا لا عددا) لان الوزن يوجب التساوى دون العدد نهر (قوله وعليه الفتوى) قال فى الفتح وجعل المتأخرون الفتوى على قول أبى يوسف وانا ارى ان قول محمد أحسن وفى شرح المجمع لابن الملك وعليه الفتوى وفى المجتبى باع رغيفا نقدا برغيفين نسيئة يجوز ولو كان الرغيفان نقدا والرغيف نسيئة لا يجوز ولو باع كسيرات الخبز يجوز نقدا ونسيئة كيفما كان نهر (قوله لا يجوز مطلقا) لانه وان وزن فهو متفاوت بتفاوت الخبز والخباز والتنور والتقدم والتأخر والاستقراض انما يصح فى المثلى (تتمة) قال محمد ثلاث من الدناءة استقراض الخبز والجلوس على باب الحمام والنظر فى مرآة الحجام بحر عن الجوهرة (قوله وعند محمد يجوز مطلقا) لتوافق الناس على اهدار التفاوت كاهدار ما بين الجوزتين (قوله ولا ربا بين السيد وعبده)

ولو مدبرا

وقيل لا يصح اتفاقا (و) صح بيع (اللحوم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا و) صح بيع (لبن البقر بلبن الغنم والغنم) أى بيع لبن البقر بلبن الغنم وابن الغنم بلبن البقر متفاضلا (وخل الدقل) أى خل ردأ التمر (بخل العنب وشحم البطن بالالية أو باللحم والخبز بالبر والدقيق متفاضلا) متعلق بجميع هذه المسائل وعن أبى حنيفة لا خير فى بيع الخبز بهما والفتوى على الاول (لا بيع) أى لا يصح بيع (البر بالدقيق أو بالسويق) مطلقا سواء كان متساويا ومتفاضلا (و) لا بيع (الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون والسمسم) ليكون الدهن مثله والزيادة بالثجير اعلم ان بيع أحدهما بالآخر على اربعة أوجه ان علم ان الزيت الذى فى الزيتون أكثر من الزيت المنفصل لم يصح وكذا ان علم انه مثله وان كان الزيت المنفصل أكثر جاز وهذه الثلاثة بالاجماع وان لم يعلم انه مثله او أكثر منه او اقل منه صح عند زفر وعندنا لا يصح (و) صح (استقرض الخبز وزنا لا عددا) عند أبى يوسف وعليه الفتوى وعند أبى حنيفة لا يجوز مطلقا وعند محمد يجوز مطلقا (ولا ربا بين السيد وعبده) هذا اذا كان العبد مأذونا غير مديون

ولو مدبرا أو أم ولد بخلاف المكاتب لانه صار كالحر يدا وتصرفا فى كسبه نهر (قوله فان كان مديونا لا يصح) كذا فى الهداية أما عند الامام فلعدم ملكه لما فى يده وأما عندهما فلتعلق حق الغرماء والمصنف تبع صاحب المبسوط فى الاطلاق وهو التحقيق كما فى الدراية وانما يرد الزائد لا للربا بل لتعلق حق الغرماء والمتفاوضان لا ربا بينهما لان الكل مالهما وكذا شريكا العنان اذا تبايعا من مال الشركة زيلعى (قوله ولا ربا بين المسلم والحربى ثمة) ولو بعقد فاسد در لقوله عليه السلام لا ربا بين المسلم والحربى فى دار الحرب رواه مكحول عينى وكذا اذا باع منه ميتة أو خمرا أو خنزيرا أو قامرهم وأخذ المال نهر وبحر لان ماله مباح فيحل برضاه بان كان بلا غدر وحكم من أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر كحربى فللمسلم الربا معه خلافا لهما لان ماله غير معصوم ولو هاجر الينا ثم عاد اليهم لم يجز الربا معه لكونه أحرز ماله بدارنا فكان من أهل دار الاسلام بحر عن الجوهرة وكذا لو أسلما ولم يهاجرا نهر عن ايضاح الكرمانى والحاصل ان الربا حرام الا فى هذه الخمس الاولى السيد مع عبده الثانية شريكا المفاوضة الثالثة شريكا العنان الرابعة المسلم مع الحربى ثمة الخامسة المسلم مع الذى أسلم بدار الحرب ولم يهاجر واعلم ان ما وقع فى الدر من قوله فلو هاجرا الينا ثم عادا اليهم فلا ربا اتفاقا وعزاه للجوهرة صوابه فلا يجوز الربا كما سبق عن البحر معزيا للجوهرة وكذا قوله والحاصل ان الربا حرام الا فى هذه الست مسائل صوابه الا فى هذه الخمس مسائل (تتمة) حل الربا للمسلم مع الحربى ليس على اطلاقه بل مقيد بما اذا كانت الزيادة ينالها المسلم والا فالربا يشمل ما لو كان الزائد من جهة المسلم بحر عن الفتح (قوله خلافا لابى يوسف والشافعى) لان المسلم التزم بالامان ان لا يتملك مالهم الا بالعقد وهذا العقد فاسد فلا يفيد الملك الحلال والحجة عليهما ما سبق من الحديث ولان مالهم مباح وبعقد الامان لم يصر معصوما الا انه التزم ان لا يغدرهم ولا يتعرض لما فى ايديهم بدون رضاهم فاذا أخذه برضاهم ملكه بحكم الاباحة السابقة زيلعى وقوله لم يصر معصوما أراد بالعصمة التقوم لما فى الشرنبلالية عن البدائع حيث علل لمذهب الامام بان العصمة وان كانت ثابتة فالتقوم ليس بثابت عنده حتى لا يضمن بالاتلاف وعندهما نفسه وماله معصومان متقومان

(باب الحقوق)

حق هذا الباب ان يذكر قبل الخيار الا ان المصنف كصاحب الهداية اقتفى أثر محمد فى الجامع الصغير حيث ذكر الحقوق هنا وأشار الشارح بقوله وله مناسبة الخ الى وجه تأخيره لان الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد مسائل البيوع وأشار بقوله ذكر فى هذا الباب ما يتبعهما أى المبيع والثمن من الحقوق الى ان ال فى الحقوق للعهد الذهنى لا للجنس ولا للاستغراق شيخنا (قوله العلو) بضم العين وكسرها خلاف السفل بحر عن المصباح وذكر فى الدرر انه مثلث العين وفى النهر وقيل بكسرها لا غير واللام ساكنة انتهى وقوله واللام ساكنة يتعلق بجميع الاوجه لا بخصوص كسر العين فقط (قوله لا يدخل بشراء بيت الخ) وجه الفرق ان البيت اسم لمسقف واحد يصلح للبيتوتة والعلو مثله والشئ لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل بدون التنصيص عليه والدار اسم لما ادير عليه الحدود من الحائط ويشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف والعلو من أجزائه وتوابعه فيدخل فيه من غير ذكر والمنزل بين الدار والبيت لانه اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ يسكنه الرجل بأهله مع ضرب من القصور فانه ليس فيه اصطبل فكان له شبه بهما فلشبهه بالدار يدخل تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل من غير ذكر زيلعى (قوله أو بمرافقه) جمع مرفق بكسر الميم وفتح الفاء لا غير كالمطبخ والكنيف بخلاف المرفق فى العضو فان فيه فتح الميم وكسر الفاء وبالعكس وكذا المرفق بمعنى ما ارتفقت به نهر عن المصباح وفيه عن جامع الفصولين المرافق عند أبى يوسف منافع الدار وفى ظاهر الرواية المرافق هى الحقوق كسيل وطريق

فان كان مديونا لا يصح (ولا) ربا (بين المسلم والحربى ثمة) خلافا لابى يوسف والشافعى وانما قيد بقوله ثمة لانه لو دخل دارنا حربى بامان فباع منه مسلم درهما بدرهمين لا يجوز اتفاقا

(باب الحقوق)

لما فرغ من بيان ما هو اصل فى البيع وهو المبيع والثمن ذكر فى هذا الباب ما يتبعهما من الحقوق وله مناسبة خاصة بالربا الا ان فى بابه بيان فضل هو حرام وهنا بيان فضل على المبيع هو حلال (العلو لا يدخل بشراء بيت بكل حق) أى لو اشترى بيتا فوقه بيت لا يدخل العلو وان قال اشتريت بكل حق الا ان ينص عليه (و) لا يدخل (بشراء منزل الا) ان يقول اشتريت (بكل حق هو له او بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه) فحينئذ يدخل العلو (ودخل بشراء دار

واعلم ان ماسبق من قوله فى النهر بخلاف المرفق فى العضو كذا وجدته بخط شيخنا والذى بخط السيد الحموى فى الوضوء بدل قوله فى العضو وكلاهما صحيح (قوله كالكنيف) يجمع على كنف سمى به لانه يستر صاحبه أى كما يدخل الكنيف فى شراء الدار بلا ذكر لانه منها عادة ولو كان خارجها على الظلة وكذا يدخل بئر الماء والاشجار التى فى صحنها والبستان الداخل وأما الخارج فان كان أصغر منها فكذلك والا بان كان أكبر منها أو مثلها لا يدخل الا بالشرط نهر (قوله لا الظلة) بالضم كهيئة الصفة وبالكسر البيت الكبير من الشعر نهر عن الصحاح (قوله مطلقا) هذا اطلاق فى مقابلة التفصيل الآتى عندهما اى سواء كان مفتحها من الدار اولا (قوله الا ان يقول اشتريت بكل حق) أو نحوه كقوله بمرافقها أو بكل قليل وكثير هو منها بحر عن البناية (قوله وعندهما تدخل بلا ذكر الخ) لانها من توابع الدار كالكنيف وللامام انها مبنية على الطريق فاخذت حكمه بحر (قوله أعم من أختيها) أى بحسب التحقق والحصول لا باعتبار المفهوم حموى (قوله ولا يدخل الطريق الخ) لان هذه الاشياء تابعة من وجه من حيث انها تقصد للانتفاع بالمبيع دون عينها أصل من وجه من حيث انها يتصور وجودها بدون المبيع فلا تدخل الا بذكر الحقوق أو المرافق والمراد الطريق الخاص فى ملك انسان أما الطريق الى سكة غير نافذة أو الى طريق عام فيدخل فان ذكر الحقوق وقال البائع ليس للدار المبيعة طريق فالمشترى لا يستحق الطريق بغير حجة لكن له ان يردها بالعيب نهر (قوله والشرب فى بيع الارض أو المسكن نهر (قوله الا اذا قال بنحو كل حق) لان كلا منها خارج عن الحدود فكانت تابعة فتدخل بذكر التوابع والطريق الذى يدخل بنحو كل حق الذى يكون وقت البيع حتى لو سد طريق منزله وجعل له طريقا آخر فباع المنزل بحقوقه دخل الطريق الثانى دون المسدود بحر عن البناية وقوله وجعل له طريقا آخر أى فى ملكه الخاص شيخنا (قوله بخلاف الاجارة) وجه الفرق ان الاجارة تعقد للانتفاع بخلاف البيع لانه قد يكون للتجارة ولهذا لو استثنى هذه الاشياء عن عقد الاجارة تبطل اذ لا يمكن الانتفاع بالعين المستأجرة الا بهذه الاشياء فوجب دخولها فيها تصحيحا للعقد الا ترى انه لو استأجر الطريق من صاحب العين لا يجوز يعنى لعدم الانتفاع به دون العين فتعين الدخول فيها ولا يدخل مسيل ماء الميزاب اذا كان فى ملك خاص ولا مسقط الثلج فيه زيلعى فهذا تقييد لقول المصنف بخلاف الاجارة فافاد ان دخول المسيل فى الاجارة بلا ذكر الحقوق مقيد بما اذا لم يكن فى ملك خاص فان كان لا يدخل المسيل حينئذ الا اذا ذكر نحو بكل حق شيخنا (تتمة) الرهن والوقف كالاجارة اما الاقرار بدار والصلح عليها والوصية بها فكالبيع ولا تدخل فى القسمة وان ذكر الحقوق والمرافق الا برضا صريح وفى الحواشى اليعقوبية ينبغى ان يكون الرهن كالبيع اذ لا يقصد به الانتفاع قلت هو جيد لولا مخالفته للمنقول ففى الخلاصة ويدخل الطريق فى الرهن والصدقة الموقوفة كالاجارة واعتمده المصنف تبعا للبحر نعم ينبغى ان تكون الهبة والنكاح والخلع والعتق على مال كالبيع والوجه فيها لا يخفى در بقى ان يقال ماذكره فى الدر تبعا لما فى النهر عن الفتح من قوله ولا تدخل فى القسمة وان ذكر الحقوق الخ يخالفه ما فى البحر عن المعراج ونصه ولا تدخل الا بذكر الحقوق الخ ثم اذا أمكنه فتح باب صحت القسمة والا فسدت بحر وهو محمول على ما اذا لم يعلم ذلك وقت القسمة فلا يخالف ما فى النهر عن ابن وهبان اذا لم يمكنه فتح باب وقد علم ذلك وقت القسمة صحت وان لم يعلم فسدت (قوله فان فيها يدخل الطريق الخ) لان المقصود منها الانتفاع كما سبق اما البيع فالمقصود منه ملك الرقبة ولهذا صح شراء جحش كما ولد وأرض مسبخة دون اجارتهما ولو اشترى علوا واستثنى الطريق جاز بخلاف الاجارة نهر

كالكنيف) وهو المستراح (لا الظلة) يقال لها بالفارسية ساباطا أى لا تدخل الظلة فى بيع الدار عند أبى حنيفة مطلقا (الا) ان يقول اشتريت (بكل حق) وعندهما تدخل بلا ذكر حقوق ان كان مفتحها فى الدار فالبيت اسم لمسقف واحد له دهليز والمنزل اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ والدار اسم لما يشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف فكان الدار أعم من اختيها لاشتمالها عليهما هذا فى عرف أهل الكوفة وفى عرفنا يدخل العلو فى جميع ذلك (ولا يدخل الطريق والمسيل والشرب) بالكسر نصيب من الماء (الا) اذا قال اشتريت هذا البيت أو الارض (بنحو كل حق) فحينئذ يدخل (بخلاف الاجارة) فانه فيها يدخل الطريق والمسيل والشرب من غير ذكر كقوله بنحو كل حق

(باب الاستحقاق)

قال

قال فى الدر لم يذكر الحقوق كما ذكرت فى سائر المتون لانها ذكرت فى أوائل البيوع انتهى قال عزمى لم نطلع على ذلك الا من جهة صاحب الوقاية وقد ذكر صاحب الكنز للحقوق بابا وللاستحقاق بابا آخر انتهى وأجاب شيخنا بانه لم يرد بقوله كما ذكرت فى سائر المتون جمعهما فى باب واحد كما فعل فى الوقاية بل اراد ذكر الحقوق فى باب مستقل مقدم على باب الاستحقاق فاعتراض عزمى ساقط (قوله وبيع الفضولى) أشار الى ان المصنف ترجم لشئ وزاد عليه حموى (قوله البينة حجة متعدية) لانها لا تصير حجة الا بالقضاء وللقاضى ولاية عامة فينفذ قضاؤه فى حق الكافة زيلعى (قوله حتى يظهر الخ) أى حتى يظهر القضاء بها فى حق كافة الناس قال الحموى فيه ان البينة ليست حجة متعدية فى حق الكافة فى كل ما ثبت بالبينة وان كان ظاهر كلام المصنف ذلك فليراجع البحر انتهى والذى فى البحر عند قول المصنف والتناقض يمنع دعوى الملك ان القضاء بالبينة حجة متعدية الى الكافة فى العتق والنكاح والنسب والولاء وفى الوقف يقتصر على المقضى عليه فى الاصح فتسمع دعوى غيره انه ملكه على ما فى البحر أو انه وقف عليه على ما فى الدر وكذا فى القضاء بالملك يقتصر على المقضى عليه وعلى من تلقى الملك منه ثم قال فى البحر وحاصله ان القضاء على المشترى قضاء على بائعه بالشرط السابق انتهى يعنى ان قال المشترى فى جواب المدعى هو ملكى لانى اشتريته من فلان يعنى من البائع صار البائع مقضيا عليه حتى لا تسمع دعوى البائع شيخنا وفى النهر عن فتح القدير القضاء باستحقاق المبيع من يد المشترى قضاء على الكل وعلى الوارث قضاء على المورث بشرطه وبين شيخنا الشرط بقوله بان يقول الوارث فى جواب المدعى هو ملكى لانى ورثته انتهى وذكر منلا خسرو ان الحكم بالحرية الاصلية حكم على الكافة حتى لا تسمع دعوى الملك من أحد وكذا العتق وفروعه وفى الملك المؤرخ على الكافة من وقت التاريخ لا قبله فصارت مسائل الباب على قسمين احدهما عتق فى ملك مطلق وهو بمنزلة حرية الاصل والقضاء به قضاء على كافة الناس والثانى القضاء بالعتق فى الملك المؤرخ فهو قضاء على كافة الناس من وقت التاريخ ولا يكون قضاء قبله واستنبط شيخنا من كلام منلا خسرو ان القضاء بالنكاح لمن ادعاه واثبته يكون قضاء فى حق كافة الناس من وقت التاريخ فلا تسمع دعوى أحد نكاحها من ذلك الوقت ما بقى النكاح المقضى به وقبل الوقت الذى ارخه تقبل ويبطل به الحكم للاول لانه يصير قضاء على الكافة من وقت التاريخ لا قبله انتهى (قوله انها حرة الاصل) أو انها ملك فلان وقد اعتقها أو دبرها أو استولدها قبل شرائها نهر (قوله والامة تدعى) قيد اتفاقى نهر عن الفتح والاصل فى القيود ان تكون لبيان الواقع شيخنا عن الرهاوى (قوله تقبل بينته) لان التناقض فى الحرية وفروعها لا يمنع صحة الدعوى نهر عن الفتح (قوله البينة فعيلة) الظاهر ان يقال فعلة كما فى بعض النسخ حموى لان الاصل بيينة استثقلت الكسرة على العين فحذفت فسكنت فادغمت العين فى الياء بعد اجتلاب حركة الياء أو نقول نقلت حركة العين للياء بعدها فادغمت شيخنا (قوله أى ليس الاقرار بحجة متعدية) بل هو حجة قاصرة فلا يتوقف على القضاء وللمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه عينى ولا يخفى ما فيه حيث فرع عدم توقفه على القضاء على كونه حجة قاصرة والظاهر ان يقال كما فى الزيلعى والاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على القضاء الخ وعند اجتماع الاقرار والبينة يقضى بالاقرار على الاظهر الا عند الحاجة فبالبينة والحاجة رجوعه بالثمن كذا بخط شيخنا واعلم انه يرد على كون الاقرار حجة قاصرة مسئلتان الاولى أراد الزوج ان يسافر بامرأته فاقرت بدين لانسان فانه يمنعها من السفر والثانية أقر المؤجر بدين يصح وتفسخ الاجارة فلم يقتصر الاقرار على المقر والجواب ان هذا الاقرار وان كان على الغير لكنه صادف خالص حق المقر وهو الذمة ثم لزم منه اتلاف حق الغير بالضرورة وهذا قول أبى حنيفة وعندهما لا يصدق المؤجر فى حق المستأجر فلا تنقض الاجارة ولا المرأة فى حق الزوج فلا يملك المقر له منعه من نقلها بحر (قوله والتناقض) وهو كما فى المصباح التدافع يقال تناقض الكلامان

وبيع الفضولى استحقاق الحقوق يكون بعدها لا بعكسه (البينة حجة متعدية) حتى تظهر فى حق كافة الناس كما اذا اشترى أمة فادعى المشترى انها حرة الاصل والامة تدعى وأقام البينة على دعواه تقبل بينته ويرجع بالثمن على البائع واذا ثبتت حريتها فى حق البائع ثبتت فى حق كافة الناس البينة فعيلة من البينونة أو البيان كذا فى المغرب (لا الاقرار) أى الاقرار ليس بحجة متعدية حتى يقتصر على المدعى كما اذا اشترى أمة وقبضها ثم ادعى انها ملك فلان وفلان يدعيها لا يرجع بالثمن على البائع (والتناقض) فى الدعوى

تدافعا كان كل واحد نقض الآخر وفى كلامه تناقض كان بعضه يقتضى ابطال بعض نهر واعلم ان التناقض انما يتحقق اذا كان كلا الدعويين عند القاضى قال فى النهر وهو الاوجه عندى مخالفا لما فى البزازية من انه يكتفى بكون الدعوى الثانية عند الحاكم وأقول ذكر فى البحر فى مسائل شتى من متفرقات كتاب القضاء ما نصه اعلم انهم اختلفوا فى اشتراط كون الكلامين عند القاضى فمنهم من شرطه ومنهم من شرط كون الثانى عند القاضى فقط ذكر القولين فى البزازية ولم يرجح و ينبغى ترجيح الثانى انتهى ثم ذكر بعد نحو أربع ورقات ان التناقض المانع اما ان يسمع الحاكم الكلامين أو يسمع الثانى فيدعى المدعى عليه انه قال أولا كذا يريد دفعه فينكر فيبرهن المدعى عليه على قوله الاول فيثبت التناقض وهذا هو طريق دفع الدعوى وسيأتى فى المخمسة من الدعوى انتهى (قوله يمنع دعوى الملك) أى ملك العين أو المنفعة لما فى الصغرى طلب نكاح الامة مانع من دعوى تملكها وطلب نكاح الحرة مانع من دعوى نكاحها وكما يمنعها لنفسه يمنعها لغيره فلو ادعى انه لفلان وكله بالخصومة ثم ادعى انه لفلان آخر وكله بالخصومة لا يقبل الا اذا وفق وقال لفلان الاول وقد وكلنى بالخصومة ثم باعه من الثانى و وكلنى أيضا والتدارك ممكن بان غاب عن المجلس وجاء بعد مدة وبرهن على ذلك وقيل امكان التوفيق كاف حكاه فى الخلاصة واختار الخجندى انه ان كان من المدعى فلا بد من التوفيق بالفعل وان كان من المدعى عليه فالامكان كاف ولو ادعى انه لزيد وقد وكله بالخصومة ثم ادعاه لنفسه و برهن لا يقبل الا اذا وفق ولو لنفسه ثم لفلان وبرهن يقبل ولو ادعى عليه دينا فانكر ثم ادعى انه شركة لا يقبل وفى عكسه يقبل لان مال الشركة يجوز ان يكون دينا يعنى بالجحود والدين لا يصير مال الشركة بحر ونهر (قوله كما لو اشترى أمة الخ) ذكر صاحب الاشباه عن الخلاصة اشترى عبدا وقبضه ثم ادعى ان البائع باعه قبله من فلان الغائب بكذا وبرهن فانه يقبل انتهى فتأمله مع ما ذكره الشارح حموى قال شيخنا تأملته فوجدت التناقض هنا فى موضع الخفاء لان البائع ينفرد بالبيع والمشترى يخفى عليه بيعه قبل شرائه فلهذا قبل برهانه فى مسئلة الخلاصة وفى مسئلة دعوى المشترى انها ملك فلان وفلان يدعى تناقض باقدامه على الشراء فى غير موضع الخفاء لانه كالاقرار بانها ملك البائع فبدعواه الملك لغيره ناقض نفسه وملك الغير ليس فيه خفاء بخلاف بيعه من غير المشترى قبل شرائه فان فيه خفاء لما علمت انتهى (قوله وأقام المشترى بينة على دعواه) يعنى ليرجع بالثمن شيخنا (قوله فاذا ادعى لغيره كان متناقضا) ولو برهن على اقرار البائع انه ملك فلان يقبل لعدم التناقض نهر عن الفتح ويؤاخذ البائع بالثمن ولو لم يقم بينة على اقرار البائع بذلك ولكنه طلب يمينه بالله ما هى للمدعى كان له ذلك لانه يحتمل ان ينكل عن اليمين فيصير بنكوله كالمقر ويسترد منه الثمن بعد ذلك درر (قوله لا يمنع دعوى الحرية) حتى لو ادعى المكاتب بدل الكتابة ثم برهن على اعتاق المولى قبلها قبلت ورجع بما ادى وكذا العبد اذا انقاد للبيع ثم ادعى العتق بعده أو انه حر الاصل و برهن على ذلك قبل برهانه استحسانا نهر عن المبسوط وغيره ومما يتفرع على ان التناقض غير مانع من دعوى الحرية ما نقله شيخنا عن منية المفتى امة فى يد رجل اقامت بينة انها حرة فالقاضى يضعها على يد عدل حتى يسأل عن شهودها و بمجرد الدعوى لا يحال بينه وبين الامة انتهى (قوله والامة تدعى) اتفاقى لا احترازى لان الشهادة بعتق الامة تقبل وان لم يتقدمها الدعوى لتضمنها تحريم فرجها وهو حق الله تعالى من غير خلاف اما عتق العبد فالشهادة به انما تقبل عند الامام اذا تقدمها الدعوى كما سيأتى (قوله وكما اذا اختلعت نفسها الخ) لانها وان كانت متناقضة لكنه فى محل الخفاء فيغتفر لان الزوج يستقل بالطلاق كاستقلال المولى بالعتاق من غير ان يكون لها علم بذلك (قوله طلقها ثلاثا) قيد بالثلاث لان فيما دونه يمكن ان يقيم الزوج البينة انه قد تزوجها بعد الطلاق الذى اثبتته المرأة ببينتها قبل يوم أو يومين واما فى الثلاث فلا يمكن شيخنا (قوله ثم قال البائع هو ابنى) يشير الى ان النسب فى كلام المصنف خاص بالاصول والفروع واما من عداهم فانه لا يعتق فيه

(يمنع دعوى الملك) كما لو اشترى أمة ثم ادعى انها ملك فلان وفلان يدعيها وأقام المشترى بينة على دعواه لا تقبل لان اقدامه على الشراء دليل على انها ملك البائع فاذا ادعى لغيره كان متناقضا (لا الحرية) اى التناقض لا يمنع دعوى الحرية (والطلاق والنسب) كما لو اشترى أمة وقبضها ثم ادعى انها معتقة فلان والامة تدعى وأقام البينة تقبل ويرجع بالثمن على البائع وكما اذا اختلعت نفسها من زوجها ثم أقامت بينة على ان زوجها طلقها ثلاثا قبل الخلع فانه تسمع دعواها وكما اذا باع عبدا ولد عنده وقبض المشترى ثم قال البائع هو ابنى يقبل

قوله

كالاخوة وقد افصح من ذلك البزازى حيث قال ادعى على آخر انه أخوه لابويه ان ادعى ارثا أو نفقة وبرهن عليه يقبل و يكون قضاء على الغائب أيضا حتى لو حضر الاب وانكر لا يقبل ولا يحتاج الى اعادة البينة لانه لا يتوصل اليه الا باثبات الحق على الغائب وان لم يدع مالا بل ادعى الاخوة المجردة لا يقبل لان هذا فى الحقيقة اثبات البنوة والمدعى عليه والخصم فيه هو الاب لا الاخ وكذا لو ادعى انه ابن ابنه أو أبو أبيه والاب أو الابن غائب أو ميت لا يصح ما لم يدع مالا بخلاف ما لو ادعى عليه انه أبوه أو ابنه فانكر المدعى عليه فبرهن المدعى على مال يقبل ادعى به حقا أم لا الا ترى انه لو أقر بانه أبوه أو ابنه صح وبانه أخوه لا لكونه حمل النسب على الغير فدعوى نحو الاخوة من دعوى الملك لكونها لا تصح الا فى ضمن مال وفيها معزيا الى الذخيرة ادعاه مطلقا فدفعه المدعى عليه بانك كنت ادعيته قبل هذا مقيدا وبرهن عليه فقال المدعى ادعيته الآن بذلك السبب وتركت المطلق يقبل ويبطل الدفع انتهى وبه عرف ان المتناقض لو قال ابطلت أحد الكلامين أى وعينه يقبل منه ولا يحتاج الى التوفيق ولا الى النظر فى امكانه بحر قال فى النهر وفى هذا الاستخراج تأمل فتدبره قال شيخنا وفى الامر بتدبر التأمل نظر ووجهه ان التناقض يتحقق بدعواه الملك مقيدا أولا ثم دعواه الملك مطلقا فاذا ترك الثانى وادعاه بالاول المقيد ارتفع و يتحقق بدعواه مطلقا أولا ثم دعواه مقيدا بالشراء مثلا يدل عليه ما فى البحر عن الخجندى انه يرتفع برجوع المتناقض عن الاول واطلق فيه فعم ما لو كان الاول المرجوع عنه مطلقا أو مقيدا وصاحب النهر غير منازع فى الحكم بل فى استخراجه من هذا الفرع الخاص بناء على ان قوله تركت المطلق وادعيت الآن بذلك السبب للتقييد وقد علمت انه اتفاقى انتهى بقى ان يقال ما سبق من قوله فى النهر معزيا يمشى على لغة كما فى الصحاح ونصه عزوته الى أبيه وعزيته لغة اذا نسبته اليه انتهى قال شيخنا فظهر ان معزيا اسم مفعول من اليائى وأصله معزوى كما هو القاعدة من اسم مفعول الثلاثى اجتمعت الياء والواو وسبقت احداهما بالسكون قلبت الواو ياء والضمة كسرة وادغمت الياء فى الياء واما على ان اللام واو فاسم المفعول منه معزو بلا قلب نظيره معزو من غزا ونظير الاول مرمى ومقضى وقوله لغة ضبطه شيخنا بالرفع فهو خبر قوله وعزيته فلا يصح نصبه كما هو ظاهر (قوله ويثبت النسب) لانه يبتنى على العلوق وهو مما يخفى فيعفى فيه التناقض بقى ان يقال مما يعفى فيه التناقض لكونه فى محل الخفاء ما فى البحر عن الظهيرية استأجر دارا من رجل ثم ادعى ان والده كان اشتراها له فى صغره و برهن يقبل واستشكله فى منح الغفار بما فى الفواكه البدرية لو ابرأه ابراء مطلقا أو اقر انه لا يستحق عليه شيئا ثم ظهر بعد ذلك ان المقر له كان قبل الابراء أو الاقرار مشغول الذمة من متروك أبى المقر ولم يعلم المقر بذلك لا يعذر المقر انتهى مع ان الخفاء هنا تام شيخنا (قوله مبيعة) وقول العينى يعنى جارية مبيعة أى مثلا ولو ابقى المتن على طلاقه لكان أولى شيخنا (قوله ولدت) أى لا باستيلاده كذا قيد به فى الدرر لكان قوله أخذها وولدها والا فاستيلاده لا يمنع استحقاق الولد بالبينة فيكون ولد المغرور وهو حر بالقيمة لمستحقه ويلزم عقرها بالوطء ويرجع بالقيمة على بائعه لا بالعقر وان مات الولد لا شئ على أبيه شرنبلالية وفى البحر عن البزازية واستحقاق الجارية بعد موت الولد لا يوجب على المشترى شيئا كزوائد المغصوب انتهى واعلم ان التقييد بولد المغرور يشير الى ما ذكره فى الدرر من انه اذا استولد مشرية يعلم غصب البائع اياها يكون الولد رقيقا ويرجع بالثمن لان العلم بالاستحقاق لا يمنع صحة الرجوع انتهى وذكر فى الدرر أيضا ان تاريخ الغيبة لا يعتبر بل العبرة لتاريخ الملك فلو قال المستحق غابت عنى منذ سنة وقال البائع لى بينة انها كانت ملكى منذ سنتين لا تندفع الخصومة وباقى البيان فى الدرر وقوله بل العبرة لتاريخ الملك أى من المدعى والمدعى عليه والقرينة على ذلك تصريحه بعد ستة أسطر بعدم اعتبار التاريخ حالة الانفراد فقول عزمى زاده فيه أى فى قوله بل العبرة لتاريخ الملك بحث ووجهه بعدم اعتباره عند الانفراد ساقط شيخنا (قوله يتبعها ولدها) ظاهره انه لا يحتاج الى القضاء به والاصح أنه لا بد من القضاء به أيضا لانه أصل يوم القضاء

ويثبت النسب منه فلو كانت (مبيعة ولدت) عند المشترى (فاستحقت بالبينة يتبعها ولدها وان اقر) المشترى (بها لرجل) والمسئلة بحالها (لا)

لانفصاله واستقلاله ومحل القضاء بالولد ما اذا سكت الشاهدان أما اذا بينا انه للمدعى عليه أو قالا لا ندرى لا يقضى به ولا خصوصية للولد بل زوائد المبيع كلها على هذا التفصيل بحر ونهر (قوله أى لا يتبعها ولدها) مقيد بما اذا لم يدعه المقر له فان ادعاه كان له أيضا زيلعى عن النهاية معللا بقوله لان الظاهر أنه له انتهى وتعقبه سعدى بان الظاهر لا يصلح حجة يعنى للاستحقاق بل للدفع فقط قال الشيخ شاهين وأجاب شيخنا الشوبرى بانه مسلم مالم يعضد وهنا تقوى الظاهر بالاقرار والدعوى والحكم فى النكول كالاقرار در عن القهستانى معزيا للعمادية واعلم ان القضاء باستحقاق المبيع لا يوجب انفساخ العقد لكن يوجب توقفه على اجازة المستحق واختلف فى البيع متى ينفسخ والصحيح انه لا ينفسخ مالم يرجع على بائعه بالثمن حتى لو أجاز المستحق بعدما قضى له أو بعدما قبضه قبل ان يرجع المشترى على بائعه يصح وقال الحلوانى الصحيح ان القضاء للمستحق لا يكون فسخا للبياعات مالم يرجع كل على بائعه بالقضاء وفى ظاهر الرواية لا ينفسخ مالم يفسخ وهو الاصح نهر (قوله فيرجع بالثمن الخ) ولو أقام البائع بينة ان المشترى أقر بعد الشراء بملكية المبيع للمستحق لا يبطل حق الرجوع بالثمن كذا فى العمادية قال فى الشرنبلالية قلت قد نقل العمادى قبل هذا عن الذخيرة ان الاستحقاق انما يوجب الرجوع بالثمن على البائع اذا ثبت الاستحقاق بالبينة أما اذا ثبت باقرار المشترى فلا لان اقراره لا يكون حجة فى حق غيره انتهى وأجاب شيخنا بانه لا تنافى بين كلامى العمادى لان عدم رجوع المشترى على البائع فيما نقله العمادى عن الذخيرة اذا ثبت الاستحقاق باقرار المشترى ابتداء وانما كان الرجوع صحيحا بعد اقامة البائع بينة ان المشترى أقر بعد الشراء بملكية المبيع للمستحق لكون الاستحقاق مضافا الى اقامة المستحق البينة انتهى (قوله فى الاولى دون الثانية) لان الاولى ثبت فيها الاستحقاق بالبينة وهى حجة متعدية فلهذا يرجع بالثمن بخلاف الثانية حيث لا يرجع لثبوت الاستحقاق بالاقرار وهى حجة قاصرة فان قيل الاقرار أصل والبينة خلف فلم كان الاصل قاصرا على المقر والبينة متعدية أجيب بان الاصل قد لا يعمل به و يعمل بالخلف اذا لم يكن مانع كالتوضئ بماء الغير لا يجوز و بحجره يجوز (قوله اشترنى فانا عبد) قيد بالقيدين لانه لو قال أنا عبد ولم يأمره بشرائه او قال اشترنى ولم يقل أنا عبد لا رجوع عليه بشئ كذا فى الفتح وفى العتابية ما يخالفه بحر وجه عدم الرجوع عليه اذا قال اشترنى فقط او أنا عبد فقط ماذكره الزيلعى من ان الحر يشترى تخليصا كالاسير وقد لا يجوز شراء العبد كالمكاتب فلم يوجد منه ما يدل على الضمان (قوله فاذا هو حر) قيل المسئلة مشكلة على قول الامام اذ دعوى الحرية عنده شرط فى القضاء ببينتها وهى لا تصح منه للتناقض وأجيب بانها موضوعة فى حرية الاصل وفيها لا تشترط الدعوى لتضمنه تحريم فرج أمه على السيد واخواتها و بناتها وحرمة الفرج حقه تعالى نهر و يوضحه ما فى العناية من ان الشهود فى شهادتهم يحتاجون الى تعيين الام وفى ذلك تحريمها وتحريم أخواتها و بناتها فانه اذا كان حر الاصل كان فرج الام على مولاه حراما انتهى ثم حرمة بناتها على سيد أمهن مؤبدة لوطئه الام وأما حرمة اخواتها فموقتة ببقاء عدة الموطوءة او نكاحها بعقد صحيح شيخنا ثم قال فى النهر وجعله فى العناية على قول عامة المشايخ والمذكور فى الزيلعى ان عامتهم على ان دعوى العبد شرط عنده فى الاصلية والعارضية وهو الصحيح لكن التناقض لا يمنع صحة الدعوى بها أما فى حرية الاصل فلخفاء حال العلوق وأما فى الاعتاق فلان المولى ينفرد به والتناقض فى دعوى ما فيه خفاء يعذر فيه الخ وأشار بقوله أما فى حرية الاصل فلخفاء حال العلوق الى ماذكره العينى وغيره من ان الصغير قد يجلب من دار الحرب ولا يعلم بحرية أبويه او أحدهما باسلامهما او اسلام أحدهما فيها و يعتقد انه رقيق فيقر بالرق ثم يتبين له الحال بعد ذلك فيدعى الحرية فيعذر (قوله و يرجى حضوره) ولو بعد بحيث لا يوصل اليه عادة كاقصى الهند كذا بخط شيخنا (قوله ورجع العبد على البائع) مع أنه لم يأمره بالضمان لانه قضى دينا عنه وهو مضطر فيه فلا يكون متبرعا كمعير الرهن اذا قضى الدين لتخليص الرهن (قوله بخلاف الرهن) أى بخلاف ما لو قال ارتهنى فانا عبد فارتهنه فاذا هو حر حيث لا يرجع

عليه

أى لا يتبعها ولدها فيرجع بالثمن فى الاولى دون الثانية على البائع (وان قال عبد للمشترى اشترنى فانا عبد فاشتراه) بقوله فاذا هو حر (فان كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة) معلومة يدرى مكانه و يرجى حضوره (فلا شئ على العبد والا) أى وان لم يغب غيبة معروفة بأن غاب غيبة منقطعة (رجع المشترى على العبد) بالثمن (و) رجع (العبد على البائع) ان ظفر به (بخلاف الرهن) أى ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع المرتهن على العبد مطلقا سواء كان الراهن غائبا غيبة معلومة أو منقطعة

عليه بحال لانه ليس بعقد معاوضة بل عقد وثيقة لاستيفائه عين حقه واذا لم يكن عقد معاوضة لا يجعل الامر به ضمانا لانه ليس تغريرا فى عقد معاوضة نهر (قوله وعن أبى يوسف أنه لا يرجع الخ) لان الضمان بالمعاوضة أو بالكفالة ولم يوجد واحد منهما فصار كمسئلة الرهن وجه الظاهر ان المقر بالعبودية ضمن سلامة نفسه أو سلامة الثمن للمشترى عند تعذر استيفائه من البائع لانه انما قدم على الشراء معتمدا على كلامه فصار بمنزلة المغرور والغرور فى المعاوضة يجعل سببا للضمان زيلعى وفى النهر عن الخانية المغرور يرجع بأحد امرين اما بعقد المعاوضة أو بقبض يكون للدافع كالوديعة والاجارة اذا هلكت العين فيهما ثم جاء مستحق وضمن المودع والمستأجر فانهما يرجعان بخلاف الاعارة والهبة (قوله حقا مجهولا) قيد بالمجهول لانه لو ادعى قدرا معلوما كربعها لم يرجع ما دام فى يده ذلك المقدار وان بقى أقل رجع بحساب ما استحق منه در (قوله فاستحق بعضها) أى بعض الدار قيد باستحقاق بعضها لانه لو استحق الكل رجع بما أدى لانا تيقنا أنه أخذ عوض مالا يملك نهر (قوله لم يرجع بشئ) لان دعواه يجوز ان تكون فيما بقى وان قل فما دام فى يده شئ لا يرجع عليه بشئ عينى (قوله على ان الصلح عن المجهول الخ) لان الابراء عن المجهول جائز عندنا لان الجهالة فيما يسقط لا تفضى الى المنازعة نهر (قوله الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه الخ) ويجبر على البيان نهر لان الاقرار بالمجهول صحيح بخلاف البينة زيلعى (قوله وذكر أبو الحسن الكرخى الخ) الاصح عدم اشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح أخذا من كلام صدر الشريعة شيخنا عن معين المفتى (قوله ان صحة الدعوى شرط لصحة الصلح الخ) لانه معاوضة أو افتداء اليمين والمعاوضة لا تجوز فى المجهول وكذا اليمين لانها لا تتوجه الا بعد صحة الدعوى قلنا قد يكون لرفع الشغب والخصومة وذلك يحصل به زيلعى (قوله وباقى المسئلة على حالها) يعنى به ما سبق من قوله واستحق بعضها (قوله رجع بقسطه) أى بقسط المستحق لان الصلح على مائة وقع عن كل الدار فاذا استحق منها شئ تبين ان المدعى لا يملك ذلك فيرد بحسابه من العوض يوضحه اذا كانت الدار تساوى ألفا فوقع الصلح على مائة واستحق نصف الدار رجع عليه بخمسين درهما عينى وفى قوله اذا كانت الدار تساوى ألفا نظر والظاهر حذفه اذ لا دخل لقيمتها فى ذلك ولهذا لم يذكره الزيلعى ولا غيره كصاحب الدرر (تتمة) فى جامع الفصولين بنى فيما اشتراه فاستحق نصفه رجع على بائعه بثمنه و بنصف قيمة البناء لانه مغرور فى النصف وباقى تفاريع المسئلة يطلب من البحر انتهى

(فصل فى بيع الفضولى) الفضول بضم الفاء جمع فضل غلب هذا الجمع فى الاشتغال بما لا يعنيه ولا ولاية له فيه قال فى الفتح فقول بعض الجهلة لمن يأمر بالمعروف أنت فضولى يخشى عليه الكفر ولما كان علما بالغلبة على هذا المعنى لم يرد أى الجمع فى النسبة الى الواحد وان كان هو القياس كالانصارى كما فى البناية وفى المغرب هو فى اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفاء خطأ انتهى والاولى ما قيل هو من يتصرف فى حق الغير بلا اذن شرعى اذ الولى المجبر ليس بوكيل نهر وقوله وان كان هو القياس أى القياس انك اذا نسبت الى الجمع باقيا على جمعيته جئت بالمفرد ونسبت اليه كما اذا نسبت الى الفرائض تقول فرضى فاذا لم يرد الجمع كالانصار الذى هو علم بالغلبة على أنصاره عليه الصلاة والسلام نسب الى لفظه وكذا ان كان علما فتقول فى أنمار أنمارى شيخنا (قوله ومن باع ملك غيره الخ) لو الغير بالغا عاقلا فلو صغيرا أو مجنونا لم ينعقد أصلا كما فى الزواهر عن الحاوى وهذا ان باعه لمالكه أما لو باعه على انه لنفسه أو باعه من نفسه أو شرط الخيار فيه لمالكه أو باع عرضا من غاصب عرض آخر للمالك به فالبيع باطل كما فى الاشباه قال فى الدرر لكن ضعف المصنف الاولى لمخالفتها الفروع المذهب لتصريحهم بأن بيع الغاصب موقوف وبان المبيع اذا استحق فللمستحق اجازته على الظاهر مع ان البائع باع لنفسه لا للمالك وأما الثالثة ففى النهر وينبغى الغاء الشرط فقط اه وحاصله ان بيعه موقوف ولو لنفسه على الصحيح و وجه الغاء الشرط ان الخيار للمالك مطلقا وان لم يشترطه له قيد بالبيع لانه لو اشترى لغيره نفذ عليه الا اذا كان المشترى

وعن أبى يوسف انه لا يرجع فى الاول على العبد بالثمن أيضا (ومن ادعى حقا) مجهولا غير معين (فى دار) فأنكر المدعى عليه ذلك (فصولح على مائة) درهم (فاستحق بعضها لم يرجع) المدعى عليه على المدعى (بشئ) دلت هذه المسئلة على ان الصلح على المجهول على بدل معلوم جائز وعلى ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق المجهول غير صحيح لجهالة الدعوى حتى لو أقام البينة لا تقبل الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بالحق فتصح الدعوى والبينة كذا فى الفوائد الظهيرية وذكر أبو الحسن الكرخى ان صحة الدعوى شرط لصحة الصلح عن الانكار (ولو ادعى كلها) وباقى المسئلة على حالها (رجع) المدعى عليه على المدعى (بقسطه) من بدل الصلح (فصل فى بيع الفضولى) (ومن باع ملك غيره)

صبيا أو محجورا عليه فيتوقف هذا اذا لم يضفه الفضولى الى غيره فلو اضافه بأن قال بع هذا العبد لفلان فقال البائع بعته لفلان توقف درعن البزازية وغيرها (تتمة) سلم الفضولى المبيع فهلك فللمالك أن يضمن أيهما شاء فايهما اختار ضمانه برئ الآخر لان فى التضمين تمليكا منه فاذا ملكه من أحدهما لا يمكن تمليكه من الآخر فان اختار تضمين المشترى بطل البيع لان أخذ القيمة كاخذ العين ويرجع المشترى بالثمن على البائع لا بما ضمن وان اختار تضمين البائع ينظر ان كان قبض البائع مضمونا عليه نفذ بيعه بالضمان لان سبب ملكه قد تم عنده وان كان قبضه أمانة فانما صار مضمونا عليه بالتسليم بعد البيع فلا ينفذ بيعه بالضمان لتأخر سبب ملكه عن العقد وذكر محمد فى ظاهر الرواية انه يجوز البيع بتضمين البائع بحر (قوله بيعا فضوليا) الظاهر ان يقال بيع فضولى لان البيع لا يوصف بكونه فضوليا حموى (قوله بأن قال فسخت) وقوله لا أجيز رد فلو أجاز بعده لم يجز بخلاف المستاجر اذا قال لا أجيز بيع الآجر ثم أجازه جاز بحر عن فروق الكرابيسى وهذا صريح فى توقف بيع المؤجر على اجازة المستأجر والمشهور انه لا يتوقف على اجازته وللمشترى الخيار بين الفسخ او ينتظر فراغ مدة الاجارة ان لم يكن له علم بها وقت الشراء فان كان له علم لا خيار له و ينتظر فراغ مدتها حتما (قوله صريحا أو دلالة) فالسكوت بعد العلم لا يكون اجازة بحر اعلم انهم جعلوا السكوت رضا فى مسائل احداها البكر اذا استأمرها المولى فى التزويج او زوجها وليها فعلمت فسكتت الثانية اذا قبض الاب او الجد مهر البكر البالغة فسكتت الا اذا منعته عن القبض الثالثة اذا سكت الشفيع بعدما علم بالبيع الرابعة اذا تواضعا فى السر على ان يكون البيع تلجئة ثم قال أحدهما علانية لا بدان اجعله بيعا صحيحا فسكت صاحبه ثم تبايعا كان البيع جائزا الخامسة عبد أسره المشركون فوقع فى قسمة واحد من الغانمين فباعه ومولاه الاول حاضر عند البيع فسكت لا سبيل له على أخذ العبد السادسة اذا قبض المشترى المبيع قبل نقد الثمن والبائع يراه فسكت ولم يمنعه بطل حقه فى الحبس السابعة مجهول النسب اذا بيع وهو ساكت كان ذلك اقرارا منه بالرق وكذا اذا قيل له قم مع مولاك فقام يكون اقرارا منه بالرق الثامنة اذا رأى الصبى المحجور عليه يبيع و يشترى فسكت يجعل فكا للحجر التاسعة وهب لرجل جارية فقبضها الموهوب له والواهب ساكت لم ينهه فانه يثبت الاذن بالقبض استحسانا و يثبت الملك للموهوب له العاشرة اذا قبض المشترى المبيع بيعا فاسدا فسكت يكون اذنا بالقبض فيملكه المشترى ولو قبل دفع الثمن الحادية عشر اذا قال والله لا أسكن فلانا فى دارى أو قال والله لا أتركه فى دارى وفلان فى دار الحالف فسكت الحالف بعد اليمين ولم يقل اخرج منها حنث ولو قال اخرج منها فأبى ان يخرج فسكت لا يحنث الثانية عشر اذا كان الخيار للمشترى فرأى عبده الذى اشتراه يبيع و يشترى فسكت فهو اختيار للبيع وابطال لخياره ولو كان الخيار للبائع لا يكون ابطالا لخياره الثالثة عشر اذا سكت الزوج عن نفى الولد حتى مضى اكثر من يومين لزمه الولد وروى ابن أبى مالك عن أبى يوسف عن أبى حنيفة اذا هنئ بالولد فسكت لزمه الولد وزاد الحلوانى مسائل منها اذا قال لغيره بع عبدى فسكت يكون سكوته قبولا للوكالة ومنها من رأى غيره يشق زقه فسكت حتى سال مافيه لا يضمن ما سال منه ومنها اذا زوج الصغيرة غير الاب والجد فبلغت وهى بكر فسكتت ساعة بطل خيارها وجعل سكوتها بمنزلة الرضا وان كانت ثيبا لا بد من قول أو فعل يدل على الرضا ومنها ولد أم الولد اذا سكت المولى عن نفيه حتى مضى يوم أو يومان لزمه الولد ولا يصح نفيه بعد ذلك انتهى كذا بخط الجد عن التتارخانية وأما الولد من امته القنة فلا يثبت بالسكوت بل بالاعتراف لان وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة بقى ان يقال ماسبق من قوله ولو قال اخرج منها فأبى الخ صريح فى انه يبر بمجرد القول مع انه حلف على ما يملك فينبغى ان لا يبر الا اذا أخرجه بالفعل بخلاف الحلف على ما لا يملك حيث يبر بمجرد القول ثم ظهر ان عدم حنثه لعدم قدرته على اخراجه كما يشير الى ذلك قوله فأبى ان يخرج والحاصل انه اذا لم يستطع اخراجه لظلمه يبر بمجرد القول وكذا لو كانت الدار فى اجارته كما بسطه الشيخ حسن فى رسالته (قوله بأن قال

اجزت)

بيعا فضوليا (للمالك أن يفسخه) مطلقا صريحا أو دلالة بأن قال فسخت أو باع المعقود عليه من غيره (و) ان (يجيزه) صريحا او دلالة بأن قال اجزت

اجزت) وفى فروق الكرابيسى أسأت اجازة وفى المنتقى لو قال بئس ماصنعت كان اجازة بحر والمختار فى أحسنت أو اصبت انه اجازة تنوير وشرحه خلافا لما فى البحر والنهر من انه لو قال أحسنت أو اصبت أو وفقت فليس باجازة والحاصل ان الخلاف ثابت فى الكل لانه اذا لم يكن أحسنت أو اصبت او وفقت اجازة وان كان خلاف المختار فعدم ثبوت الاجازة بقوله أسأت أو بئس ماصنعت يكون بالاولى (قوله أو قبض الثمن من مشتريه) كذا لو طلبه أو وهبه من المشترى أو تصدق به عليه بحر (قوله ان بقى العاقدان الخ) لان الاجازة تصرف فى العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام هذه الاشياء زيلعى (قوله لو عرضا) لانه يتعين بالتعيين فصار كالمبيع زيلعى (قوله فهذا يدل الخ) اسم الاشارة عائد على قول المصنف للمالك ان يفسخه او يجيزه شيخنا (قوله على ان انعقاد البيع الخ) المراد تصرف الفضولى لا خصوص البيع والدليل على الانعقاد موقوفا ماروى من حديث عروة ابن أبى جعد البارقى انه عليه الصلاة والسلام اعطاه دينارين ليشترى له بهما شاة فاشترى له بهما شاتين فباع احداهما وجاء بدينار وشاة فدعا له بالبركة وحديث حبيب بن أبى ثابت عن حكيم بن حزام انه عليه الصلاة والسلام بعثه يشترى له أضحية بدينار فاشترى له أضحية فربح فيها دينارا فاشترى مكانها فجاء بالاضحية والدينار لرسول الله صلى الله عليه وسلم فلو كان باطلا لرده زيلعى وزعم الرشاطى انه عروة بن عياض بن أبى الجعد وانه نسب الى جده والحديث مشهور فى البخارى وغيره وكان ممن حضر فتوح الشأم ونزلها ثم سيره عثمان الى الكوفة شيخنا عن الاصابة للعسقلانى والرشاطى نسبة الى رشاطة بلد بالمغرب والبارقى بكسر الراء والقاف نسبة الى ذى بارق بطن من همدان وبارق بطن من الازد وجبل باليمن شيخنا عن لب اللباب (قوله اذا كان له مجيز الخ) أى من يقدر على اجازته بيانه صبى باع مثلا ثم بلغ قبل اجازة وليه فاجازه بنفسه جاز لان له وليا يجيزه حالة العقد بخلاف مالو طلق مثلا ثم بلغ فاجازه بنفسه لم يجز لانه وقت العقد لا مجيز له فبطل مالم يقل أوقعته فيصح انشاء لا اجازة درعن العمادى واعلم ان ماذكره من ان البيع ينفذ باجازته بعد البلوغ مقيد بما اذا لم يكن بالغبن الفاحش فان كان لم ينفذ بالاجازة أصلا سواء كانت الاجازة من وليه أو منه بعد بلوغه زيلعى (قوله كلها باطلة) لانه صادر عن غير ولاية شرعية ولنا ماسبق من حديث عروة ولان ركن التصرف صدر من أهله مضافا الى محله ولا ضرر فى انعقاده موقوفا فينعقد لان الاهلية بالعقل والمحلية بكون المال متقوما وليس فيه ضرر على المالك لانه مخير فاذا رأى المصلحة نفذه والا فسخه بل له فيه منفعة حيث سقط عنه مؤنة طلب المشترى وفيه نفع المتعاقدين بصون كلامهما عن الالغاء على ان الاذن ثابت دلالة لان كل عاقل يرضى بتصرف يحصل له به النفع اذ لا يوجد مثل هذا التصرف النافع فى غيبته الا من صديق نصوح يرى لاخيه مايرى لنفسه فان قلت نهى عليه السلام عن بيع ماليس عند الانسان أى مالا يملكه كما نهى عن بيع المبيع قبل القبض وعن بيع الآبق قلت الكلام فى انعقاد العقد وبيع المبيع قبل القبض ينعقد عندنا وان كان فاسدا وكذا الآبق فى رواية حتى لو سلمه بعد ذلك صح فلا يلزمنا والمراد من الحديث ان يبيع شيئا لا يملكه ثم يشتريه و يسلمه فان قلت هذا غرر ونهى النبى عليه السلام عن بيع الغرر قلت لا نسلم انه غرر لانه يتوقف على اجازة المالك زيلعى وعينى (قوله كان الثمن عندنا مملوكا للمالك) اذا كان نقدا بحر (قوله امانة فى يد الفضولى) بمنزلة الوكيل حتى لا يضمن بالهلاك فى يده سواء هلك بعد الاجازة أو قبلها لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة زيلعى ولو لم يجز المالك وهلك الثمن فى يد الفضولى اختلف المشايخ فى رجوع المشترى عليه بمثله والاصح ان المشترى ان علم انه فضولى وقت الاداء لا رجوع له والا رجع بحر عن القنية (قوله وللفضولى ان يفسخ العقد قبل الاجازة) دفعا للحقوق عن نفسه وكذا للمشترى فسخ البيع قبل الاجازة تحرزا عن لزوم العقد بحر عن البزازية فان قلت يأباه ماسيأتى فى المتن من أن المشترى اذا برهن على اقرار البائع أو رب العبد انه لم يأمره بالبيع واراد رد المبيع لم يقبل قلت لا تنافى بينهما لان ماسيأتى مفروض فيما اذا اختلف البائع والمشترى فادعى المشترى ان البيع بغير امر صاحبه و جحد البائع ذلك

أوقبض الثمن من مشتريه (ان بقى العاقدان) أى البائع الفضولى والمشترى (والمعقود عليه) وهو المبيع (و) المعقود (له) وهو المالك (و) المعقود (به) وهو الثمن (لو) كان الثمن (عرضا) قوله ان بقى العاقدان الخ متعلق بقوله ويجيزه فهذا يدل على ان انعقاد البيع غير نافذ ولازم ٧ اذا كان له مجيز عند العقد حتى يجيزه اما اذا لم يكن له مجيز لا يتوقف و يقع باطلا وقال الشافعى تصرفات الفضولى كلها باطلة ولا تتوقف على الاجازة فاذا اجاز المالك كان الثمن عندنا مملوكا للمالك أمانة فى يد الفضولى وللفضولى ان يفسخ العقد قبل الاجازة

٧ قول الشارح ولازم أى وغير لازم اتى به بعد قوله غير نافذ تصريحا بما فهم أولا لانه يلزم من كونه غير نافذ أن يكون غير لازم لان النفوذ اعم من اللزوم ونفى الاعم يستلزم نفى الاخص لا بالعكس اه بحراوى

على ماسيأتى فى كلام الشارح فيحمل مافى البزازية على ما اذا تصادق البائع والمشترى على البيع بغير أمر المالك فاختلف الموضوع فافهم (قوله بخلاف الفضولى فى النكاح الخ) لانه معبر محض حتى لاترجع الحقوق اليه عينى (قوله اجازة نقد) على معنى انه اجاز الفضولى ان ينقد ثمن مااشترى أعنى العرض من ماله كانه قال اشتر هذا العرض لنفسك وانقد ثمنه من مالى هذا قرضا عليك نهر (قوله مملوكا للفضولى) لانه لما كان العرض متعينا كان شراء من وجه والشراء لايتوقف بل ينفذ على المباشران وجد نفاذا فيكون ملكاله وباجازة المالك لاينتقل اليه بل تأثير اجازته فى النقد لافى العقد فصار مشتريا لنفسه بمال الغير مستقرضا له فى ضمن الشراء فيجب عليه رده أى رد مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا كما لو قضى دينه بمال الغير واستقراض غير المثلى جائز ضمنا وان لم يجز قصدا زيلعى (قوله لاينفذ باجازة الوارث) لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلاتنتقل الى غيره بخلاف الوصى اوالاب اذا توقف على اجازتهما فى مال الصغير ثم بلغ الصغير فانها تنتقل الى لابن زيلعى واما القسمة الموقوفة على اجازة الغائب الكبير فانها تنفذ باجازة ورثته بعد موته استحسانا لانه لافائدة فى نقض القسمة ثم الاعادة وقال محمد لاتجوز لانها مبادلة كالبيع وهو القياس قال فى الفتح والاستحسان مقدم نهر (قوله جاز البيع فى قول أبى يوسف) لان الاصل بقاؤه (قوله حتى يعلم قيامه عند الاجازة) لوقوع الشك فى شرط الاجازة فلاتثبت مع الشك زيلعى (قوله بعض نبوة) أى قبح كما فى القاموس وقال فى الصحاح نبا الشئ نبوأى تجافى وتباعد ووجهه ان قوله للمالك أى المعهود ذكرا فى قوله ولو باع ملك غيره وهو المعقود له فلاتتناول العبارة وارث المالك بل تكون مخرجة له مفيدة قصر الاجازة أوالرد على المالك الذى عقد الفضولى العقد له ولايصح كون ال للجنس أو للاستغراق مع امكان حمل ال على العهد شيخنا فماقيل من انه يمكن ان يكون احترازا عن اجازة الوارث ساقط (تتمة) فضوليان باعا أمة كل من رجل فأجيزا تتنصف بينهما ولكل منهما خيار الاخذ أو الترك ولو باعها فضولى وآجرها آخر اوزوجها أورهنها فأجيزا معا ثبت الاقوى وهو البيع ويبطل ماعداه فتصير مملوكة لازوجة درولهذا ثبتت الهبة اذا وهبه فضولى وأجره آخر وكل من العتق والكتابة والتدبير أحق من غيرها لانها الازمة بخلاف غيرها والاجارة اقوى من الرهن والبيع أقوى من الهبة نهر عن الفتح (قوله وصح عتق مشتر الخ) كذا وقف الارض المشتراة من غاصبها شرنبلالية عن الفتح قيد بعتق المشترى لان عتق الغاصب لاينفذ باداء الضمان وابست الاجازة قيدا لانه يصح أيضا باداء الضمان من الغاصب فى الاصح كما فى الهداية وكذا من المشترى فى الصحيح قال فى البحر فلافرق بين اداء الضمان من الغاصب أو من المشترى منه وجرى على ذلك فى البناية خلافا للزيلعى حيث فرق بين اداء الغاصب للضمان وبين اداء المشترى فلوقال المؤلف باجازة بيعه اواداء الضمان لكان أولى وكذا لوقال وصح عتق مشتر من فضولى لكان أولى اذلا يشترط ان يكون غاصبا نهر (قوله لايجوز الخ) اذلا عتق بدون الملك لقوله عليه السلام لاعتق فيما لايملك ابن آدم والموقوف وان أفاد الملك لكن مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والمصحح له الملك الكامل للحديث ولهما ان الملك يثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وصار كاعتاق المشترى من الراهن واعتاق الوارث عبدا من تركة مستغرقة بالدين حيث يصح اذا قضى الدين بعده أوابرأ الغرماء منه لان الاصل اتصال الحكم بالسبب والتأخير لدفع الضرر عن المالك والضرر فى نفاذ الملك لافى توقفه ولانسلم ان الاعتاق يحتاج الى الملك وقت ثبوته بل وقت نفاذه والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام لاعتق لابن آدم الحديث العتق النافذ زيلعى ونهر وقوله والضرر فى نفاذ الملك لافى توقفه بالدال المهملة فى المعانى كما فى قوله تعالى ماعندكم ينفد وفى المحسوسات بالمعجمة كقولهم طريق غير نافذ كذا نقل عن الغنيمى وفيه نظر والذى يظهر ان مافى الآية بالنسبة للنفاد بمعنى الفراغ وهو غير مناسب للمقام اذ الكلام فى النفاذ بمعنى اللزوم المقابل للموقوف (قوله لابيعه) اذ بالاجازة يثبت للبائع

خلاف الفضولى فى النكاح حيث لايكون له الفسخ قبل الاجازة ثم هذا اذا كان الثمن دينا فان كان عرضا معينا انما تصح الاجازة اذا كان العرض باقيا أيضا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولى وعليه مثل المبيع ان كان مثليا أو قيمته ان لم يكن مثليا ولو هلك المالك قبل الاجازة لاينفذ باجازة الوارث فى الفصلين أى فيما اذا كان الثمن دينا اوعرضا ولو أجاز المالك ولم يعلم حال المبيع جاز البيع فى قول أبو يوسف أولا وهو قول محمد ثم رجع أبو يوسف وقال لايصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة واعلم ان فى قوله (وله) بعض نبوة بقوله للمالك ان يجيزه (وصح عتق مشتر من غاصب باجازة بيعه) أى ان غصب عبدا وباعه فأعتقه المشترى ثم أجاز المالك بيع الغاصب صح العتق عن المشترى استحسانا عندهما وعند محمد وزفر وهو رواية عن أبى يوسف لايجوز وهو القياس (لابيعه) أى لايصح بيع المشترى من غاصب وان أجاز المولى بيعه

وهو

وهو المشترى الاول ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله لعدم تصور اجتماعهما على محل واحد على وجه يطرأ فيه البات وهذا القيد لابد منه والا فقد كان فيه ملك بات وعرض معه الملك الموقوف وأوردان الغاصب لوباع ثم ادى الضمان ينفذ بيعه مع انه طرأ ملك بات على موقوف لغيره واجيب بأن ملك الغاصب ضرورى فلم يظهر فى ابطال ملك المشترى نهر وانما كان ملك الغاصب ضروريا لانه ثبت له ضرورة ان ثبت للمالك الزامه شرعا باداء ضمانه وأقول ما أورده فى النهر تعقبه شيخنا بانه غير وارد اذ قولهم ان الملك البات اذا طرأ على موقوف أبطله ليس على اطلاقه بل مقيد بما اذا طرأ للغير من باشر الموقوف كما فى البزازية عن القاعدى ونصه الاصل ان من باشر عقدا فى ملك الغير ثم ملكه ينفذ والمانع كالغاصب باع المغصوب ثم ملكه وكذا لو باع ملك أبيه ثم ورثه نفذ على خلاف ماذكرنا وطروّ البات انما يبطل الموقوف اذا حدث لغير من باشر الموقوف كما اذا باع المالك ماباعه الفضولى من غير الفضولى ولو ممن اشترى من الفضولى اما ان باعه من الفضولى فلا انتهى (قوله ولو قطعت يده) أو اصابته جراحة توجب ارشا نهر (قوله فأجيز بيع الغاصب) أو بيع الفضولى قال الزيلعى أى لو قطعت يد عبد باعه الفضولى ثم أجاز مالكه البيع حموى (قوله فارشه) أى القطع فلايجوز عود الضمير على اليد للزوم التأنيث لانها مؤنثة سماعا نهر ومنه يعلم مافى كلام العينى (قوله لمشتريه) لان الملك تم له من وقت الشراء فتبين ان القطع حصل على ملكه وعلى هذا كل مايحدث من كسب أو ولد أو عقر بخلاف مالو قطعت يده عند الغاصب ثم ضمن قيمته لايكون الارش له لان الغصب لم يوضع سببا للملك وانما يثبت به ضرورة وهذه المسئلة حجة على محمد والعذر له ان الملك من وجه يكفى لاستحقاق الارش بخلاف الاعتاق لافتقاره الى الملك الكامل زيلعى (قوله وتصدق بما زاد) لانه لم يدخل فى ضمانه نهر عن الهداية (قوله بغير أمره) هذا القيد أعنى عدم الامر وان وقع فى الجامع الصغير الا انه ليس من صورة المسئلة فى شئ نهر (قوله فبرهن المشترى الخ) كذا لوبرهن البائع على اقرار المشترى بعدم الامر لم يقبل نهر عن الخلاصة وغيرها (قوله على اقرار البائع) محمول على ان المشترى أقام البينة على اقرار البائع قبل البيع اما اذا أقامها على اقراره بعد البيع تقبل لعدم التناقض نهر عن النهاية (قوله لم تقبل بينته) للتناقض اذ الاقدام على الشراء والبيع دليل على دعوى الصحة وانه يملك البيع ودعوى الاقرار بعدم الامر يناقضه وقبول البينة يبتنى على صحة الدعوى ولو لم يكن له بينة كان القول لمدعى الامر اذ غيره متناقض فلاتصح دعواه ولهذا لم يكن له استحلافه ولاينافيه مافى الزيادات من ان المشترى لو صدق المستحق على دعواه ثم برهن على اقرار البائع بأنه للمستحق ليرجع بالثمن يقبل لانه فرق بينهما بأن المبيع هنا فى يد المشترى فيكون المبيع سالماله فلايثبت له حق الرجوع وفيما فى الزيادات فى يد المستحق فلايكون المبيع سالما للمشترى فيثبت له حق الرجوع لوجدان شرطه كما فى العناية بقى ان ماسبق من عدم قبول البينة معللا بالتناقض نظر فيه الاتقانى بأن التوفيق ممكن لجواز ان يكون المشترى قدم على الشراء ولم يعلم باقرار البائع بعدم الامر ثم ظهر له ذلك بأن قال عدول سمعناه قبل البيع أقر بذلك ومثل ذلك ليس بمانع وأجاب فى البحر بأن قولهم ان امكان التوفيق يمنع التناقض على أحد القولين مقيد بما اذا لم يكن ساعيا فى نقض ماتم من جهته فانه فى الخلاصة وغيرها قال من سعى فى نقض ماتم من جهته لايقبل الا فى موضعين اشترى عبدا وقبضه ثم ادعى ان البائع باعه قبله من فلان الغائب بكذا وبرهن يقبل الثانى وهب جاريته واستولدها الموهوب له ثم ادعى الواهب انه كان دبرها واستولدها وبرهن يقبل ويستردها والعقر قال شيخنا وحصر الاستثناء فى هاتين المسئلتين غير صحيح لانه يرد عليه ماذكره فى قبيل باب كفالة الرجلين والعبدين عن قاضيخان حيث قال ادعى المشترى ان المبيع حر تسمع دعواه وملو باع أرضا ثم ادعى انه كان وقفها او انها وقف فان بينته مقبولة على المختار ذكره الولوالجى لكن لاتسمع دعواه للتناقض مع انه ساع فى نقض ماتم من جهته انتهى ووجه قبول البينة وان كانت الدعوى لاتسمع ان الحق فى الوقف

(ولو قطعت يده عند المشترى فأجيز) بيع الغاصب (فارشه لمشتريه و) لكن (تصدق) المشترى (بما زاد على نصف الثمن) من الارش (ولو باع عبد غيره بغير أمره فبرهن المشترى على اقرار البائع) أو اقرار (رب العبد على انه لم يأمره بالبيع) واراد المشترى (رد المبيع) وقال بعتنى هذا العبد بغير أمر صاحبه وجحد البائع ذلك وقال بعتك بامر مالكه (لم تقبل) بينته (بذلك) (وان أقر البائع) الفضولى أى بأن رب العبد لم يأمرنى

لله وفى حقوق الله تقبل الشهادة حسبة بدون سبق الدعوى (قوله عند القاضى) ليس بقيد لان اقراره عند القاضى وغيره سواء الا ان البينة تختص بمجلس القاضى فلهذا قال عند القاضى بحر عن البناية (قوله بطل البيع) لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة فللمشترى ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فيبطل فى حقهما الا فى حق رب العبد ان ادّعى انه كان بأمره فيطالب البائع بالثمن عندهما لانه وكيله دون المشترى لانه برئ بالتصادق وعند أبى يوسف له ان يطالبه فاذا ادّى رجع به على البائع بناء على ان ابراء الوكيل المشترى من الثمن صحيح عندهما ويضمن للموكل وعنده لا يصح ولو كان بالعكس بأن أنكر المالك التوكيل وتصادقا انه وكله فان أقام الوكيل البينة لزمه والا استحلف المالك فان حلف لم يلزمه وان نكل لزمه لان النكول كالاقرار ولو غاب المالك بعد الانكار وطلب البائع الفسخ فسخ القاضى البيع بينهما لانه ثبت عند القاضى ان البيع كان موقوفا فان طلب المشترى تأخير الفسخ يحلف المالك على انه لم يأمره لم يؤخر لان سبب الفسخ قد تحقق فلا يجوز تأخيره لاجل اليمين زيلعى (قوله دار غيره) أى عرصته بغير أمره ومعنى المسئلة ان يعترف البائع بالغصب ويكذبه المشترى لان اقرار البائع لا يسرى عليه بل لا بد من البرهان فاذا لم يوجد كان التلف مضافا الى عجزه عنه لا الى عقد البائع نهر عن فخر الاسلام (قوله وأدخلها المشترى) قيد به ليعلم ما اذا لم يدخلها بالاولى نهر وذكر الزيلعى ان قوله وأدخلها وقع اتفاقا اذ لا تأثير للادخال فى البناء فى ذلك انتهى أى فى عدم سراية قول البائع على المشترى ان ما بعته غصب شيخنا (قوله وهو قول أبى يوسف) أى وقول الامام أيضا كما سيأتى منه التصريح بذلك آخر العبارة فما قيل من ان الشارح لم يذكر قول أبى حنيفة للعلم بأن ما فى المتن هو قول أبى حنيفة غير مسلم وما ذكره السيد الحموى من ان الصواب ان يقال وهو قول أبى حنيفة يمنع منه قوله وكان يقول أولا الخ لان القول بالضمان اوّلا وبعدمه آخرا لم ينقل عن الامام بل عن أبى يوسف كما فى البحر عن الهداية حيث قال لم يضمن البائع عند أبى حنيفة وهو قول أبى يوسف آخرا وكان يقول أولا يضمن

(باب السلم)

هو مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة قال ابن عباس أشهد ان الله أحل السلم المؤجل وتلا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه وقد روينا انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم والقياس يأبى جوازه لان المسلم فيه مبيع وهو معدوم وبيع موجود غير مملوك أو مملوك غير مقدور التسليم لا يجوز فبيع المعدوم أولى ولكن تركناه بما ذكرنا زيلعى لكن لو اقتصر فى توجيه الاولوية على الوجه الثانى وهو المملوك الغير مقدور التسليم لصح كلامه بخلاف الوجه الاوّل وهو بيع موجود غير مملوك فان التوجيه به انما يصح ان لو أريد بالمعدوم فى جانب السلم ما لا وجود له وليس كذلك بل المراد به ما لا وجود له فى ملك المسلم اليه بدليل ما سيأتى من قوله ولا يصح فى المنقطع بقى ان يقال ما ورد من انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم لم يرو عن أحد من الصحابة هكذا بهذا اللفظ فى كتب الحديث كما فى الدرر عن ابن العز الحنفى وذكر نوح أفندى انه حديث معنى لا لفظا والحاصل ان صاحب الدرر ما نقل عن ابن العز نفى وروده أصلا فى كتب الحديث كما توهمه فى الشرنبلالية فقال فيه تأمل وانما نقل عنه نفى وروده بهذا اللفظ فلا تأمل فيه شيخنا (قوله رخصة) الرخصة اسم لما استبيح مع قيام الدليل المحرم لعذر تيسيرا على العباد والعذر هنا هو العجز عن التسليم لعسرته زيلعى والعزيمة من العزم وهو القصد المؤكد وعرفا هى الحكم الاصلى فى الشرع (قوله بيع الشئ الخ) هذا أولى مما فى الزيلعى تبعا للنهاية من انه أخذ عاجل بآجل ووجه الاولوية ما ذكره العينى من ان السلعة اذا بيعت بثمن مؤجل يوجد هذا المعنى وليس

(عند القاضى بطل البيع ان طلب المشترى ذلك) أى بطلان البيع ونقضه (ومن باع دار غيره وادخلها المشترى فى بنائه) ثم استحقت الدار (لم يضمن البائع) وهو قول أبى يوسف آخرا وكان يقول أوّلا يضمن البائع قيمتها وهو قول محمد وهى مسئلة غصب العقار انه هل يتحقق أم لا عند محمد وزفر والشافعى يتحقق وعند أبى حنيفة وابى يوسف لا يتحقق

(باب السلم)

اعلم ان بيع العين بالدين عزيمة وبيع الدين بالعين رخصة فلما فرغ من بيان الاوّل شرع فى الثانى وهو السلم ثم السلم لغة هو الاستعجال وشرعا هو بيع الشئ على ان يكون دينا على البائع بالشرائط المعتبرة واختص هذا النوع من البيع بهذا الاسم لاختصاصه بحكم يدل عليه وهو تعجيل أحد البدلين قبل حضور المبيع فالمبيع يسمى مسلما فيه والثمن رأس المال والبائع مسلما اليه والمشترى رب السلم ومعنى قولنا اسلم فى كذا

بسلم وذكر فى الحواشى السعدية انه يجوز ان يقال أخذ ثمن عاجل بآجل وركنه الايجاب والقبول وكما ينعقد بلفظ السلم ينعقد بلفظ البيع وهو الاصح وعلى انعقاد البيع بلفظ السلم اتفاق الروايات شرنبلالية وسبب مشروعيته شدّة الحاجة وحكمه ثبوت الملك للمسلم اليه فى الثمن ولرب السلم فى المسلم فيه الدين فى الذمة اما فى العين فلا يثبت الا بقبضه على انعقاد مبادلة أخرى نهر (قوله أى أسلم الثمن فيه) ينبغى اسقاط أى لان ما بعدها خبر لا تفسير (قوله أى أزال سلامة الدراهم الخ) كذا فى الدراية قال فى الفتح وهو بعيد ولا وجه له الا باعتبار المدفوع هالكا وصحة هذا الاعتبار تتوقف على غلبة التوى عليه وليس الواقع ان السلم كذلك بل الغالب الاستيفاء نهر (قوله وقيل السلم والسلف بمعنى واحد) أى لغة كما يدل عليه جزم الزيلعى والنهر ويقابل هذا القيل ما قدّمه الشارح من قوله ثم السلم لغة هو الاستعجال فقول السيد الحموى لم يسبق فى كلامه ما يقابل هذا القيل غير مسلم شيخنا (قوله فى المكيل كيلا) ظاهر فى ان السلم فى المكيل وزنا لا يجوز وهى رواية الحسن وروى الطحاوى عن أصحابنا انه يجوز وعلى هذا الخلاف لو أسلم فى الموزون كيلا قال فى النهر عن الخلاصة والفتوى على الجواز وفتوى الامام خالى على رواية الحسن (قوله لا الثمن) كالدراهم والدنانير فانه اذا كان رأس المال كذلك كان العقد باطلا اتفاقا وان كان غيره كثوب فى عشرة دراهم لم يصح سلما اتفاقا وهل ينعقد بيعا بثمن مؤجل قال أبو بكر الاعمش ينعقد وعيسى ابن أبان لا وهو الاصح لان تصحيح العقد انما يكون فى المحل الذى أوجب المتعاقدان البيع فيه لا فى غيره وهما لم يوجباه الا فى الدراهم ولا يمكن تصحيح العقد باعتبارها بل باعتبار الثوب ولم يوجباه فيه فكان فى غير محله نهر ورجح فى الفتح قول الاعمش بأنه أدخل فى الفقه بحر واختلفت الرواية فى التبر فقيل كالنقود وقيل كالعروض (قوله المتقارب) قيد به لان المتفاوت كالبطيخ والقرع والرمان والرؤس والاكارع والسفرجل لا يجوز السلم فى شئ منها عددا الا اذا ذكر ضابطا غير مجرد العدد كطول وغلظ وما جاز السلم فيه عددا جاز كيلا فوزنا أولى وجعلهم الباذنجان من المتقارب لعله بحسب ديارهم اما فى ديارنا فغير مهدر التفاوت نهر عن الفتح قلت يمكن ان يكون المراد خصوص الباذنجان الابيض لان التفاوت فيه غير متفاحش بخلاف الاسود (قوله عددا) ويشترط مع العدد بيان الصفة بحر عن شرح الشافى (قوله لا يصح فى بيض النعامة) لتفاوت آحاده فى القيمة وقيل ان أسلم فيه للاكل جاز والا فلا (قوله يصح كيلا) وما يكون من التخلخل بين كل بيضتين يغتفر لضارب السلم (قوله ويصح فى الفلس) لامكان ضبطه بالعدد (قوله وقال محمد لا يجوز) بدليل منعه بيع الفلس بالفلسين لانها أثمان الا ان ظاهر الرواية عنه كقولهما وهو الاصح ولهذا لم يحك فى الجامع الصغير خلافا (قوله واللبن) بكسر الباء الموحدة ويجوز التخفيف أى بحذف الحركة فيصير مثل حمل وهو الطوب النئ وفى الذخيرة لو باع آجرة من ملبن لم يجز من غير اشارة لان اللبن من المعدود المتقارب باعتبار قدره ومن المتفاوت باعتبار نضجه فاعتبر الاوّل فى السلم للحاجة واعتبر الثانى فى البيع بحر (قوله والآجر) بضم الجيم وتشديد الراء مع المدّ أشهر من التخفيف الواحدة آجرة وهو معرب وهو اللبن اذا طبخ بحر عن الصحاح (قوله ان سمى ملبن معلوم) لان آحادها لا تختلف اختلافا يفضى الى المنازعة بعد ذكر الآلة زيلعى وهذا تصريح بأنه اسم آلة ويحتمل ان يكون اسما لما يضرب منه اللبن بناية وفى الجوهرة انما يصير الملبن معلوما اذا ذكر طوله وعرضه وسمكه وشرط فى الخلاصة ذكر الموضع الذى يعمل منه اللبن نهر والملبن بكسر الميم قالب الطين بحر عن الصحاح وفى القاموس الملبن كمنبر قالب اللبن (قوله ويصح فى الذرعى) كالثوب والبساط والحصير الحاقا لها بالمكيل والموزون بجامع الحاجة وأراد به غير المخيط اما المخيط فلا يجوز السلم فيه كالفراء والقلانس والخفاف نهر عن الفتح (قوله ان بين الذراع) أى من جنس الذرعان (قوله والصفة) بأنه قطن أو كتان أو مركب منهما وهو الملحم أو حرير عينى وفسر فى الدرر الصفة بالغلظ والرقة (قوله والصنعة) بأنه عمل الشام أو الروم أو نحوهما أو عمل زيد أو عمرو ولانه يصير معلوما بذكر هذه الاشياء وان كان ثوب

أى اسلم الثمن فيه والهمزة للسلب أى ازال سلامة الدراهم بتسليمه الى المفلس وقيل السلم والسلف بمعنى واحد (ما أمكن ضبط صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه وما لا يمكن) ضبط صفته ومعرفة قدره كالحيوان والجواهر واللآلئ (فلا) يصح (فيصح فى المكيل) كيلا (و) فى (الموزون وزنا الا الثمن) كالدراهم والدنانير (و) يصح فى (العددى المتقارب) عددا (كالجوز والبيض) مطلقا سواء كان بيض نعامة أو غيره وروى الحسن عن أبى حنيفة ان السلم لا يصح فى بيض النعامة وكما يصح فى المعدودات المتقاربة عددا يصح كيلا عندنا وقال زفر لا يصح كيلا وعنه انه لا يصح عددا أيضا (و) يصح فى (الفلس) وقال محمد لا يجوز (واللبن والآجر ان سمى ملبن معلوم و) يصح فى (الذرعى) ذرعا (كالثوب ان بين الذراع والصفة والصنعة

حرير يباع بالوزن فلا بدمن بيان وزنه مع ذلك لانه لا يصير معلوما الا به عينى ومافى الدرر من ان ثوب الحرير كلما خف وزنه ازدادت قيمته على عكس الديباج لعله بحسب دياره لانه فى ديارنا انما يزاد فى قيمة الثوب الحرير عند زيادة وزنه (قوله لا فى الحيوان) دابة كان أو رقيقا لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن السلف فى الحيوان ويدخل فيه جميع أجناسه حتى الحمام والقمرى والعصافير الا انه يخص من عمومه السمك نهر (قوله يصح ان بين جنسه الخ) لان التفاوت بعد ذلك يسير فأشبه الثياب ولنا انه بعد ماذكر يبقى تفاوت فاحش فى المالية باعتبار المعانى الباطنة فيفضى الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد وماروى انه عليه الصلاة والسلام اشترى بعيرا ببعيرين الى أجل كان قبل نزول آية الربا لان الجنس بانفراده يحرم النساء زيلعى (قوله ولا فى الجلود عددا) وكذا الورق والتقييد بالعدد يشير الى جواز السلم وزنا نهر (قوله حزما) بضم الحاء وفتح الزاى من الاحوال المنتظرة المؤولة بالمشتق وكذا ما سيأتى من قوله جرزا وفى الجمهرة كل شئ جمعته كالاضبارة فقد ٦ حزمته ومنه سميت حزمة الحطب عينى وفى المصباح وعنده اضبارة من كتب بكسر الهمزة أى جماعة وهى الحزمة والجمع أضابير والضبارة بالكسر لغة والجمع ضبائر شيخنا (قوله ولا فى الرطبة الخ) اى ولا فى الرطبة حال كونها مقبوضة بقبضات كل قبضة جرزة أو مشدودة بشدات كل شدة جرزة أى حزمة فالتعبير بجرز للتفنن فى العبارة نوح أفندى ومنه يعلم ان الاستثناء فى قول الشارح الا اذا بين طول ما تشد به الحزمة منهما معا لا من الاول فقط (قوله الا اذا بين طول ما تشد به الحزمة) ولو قدر بالوزن جاز أيضا نهر (قوله وهى القبضة من القت ونحوه) تفسير الشارح الجرزة بالقبضة لا يتعين لما سبق من انه يجوز أن تفسر بالحزمة أيضا وفى النهر عن الشامل ما يفيد جواز السلم فى القت وزنا انتهى وفى الصحاح القت الفصفصة والفصفصة بالكسر الرطبة شيخنا (قوله والخرز) بالتحريك الذى ينظم وخرزات الملك جواهر تاجه وكان اذا ملك عاما زيدت فى تاجه خرزة ليعلم عدد سنى ملكه قاله الجوهرى وذلك كالعقيق والبلور لتفاوت آحادها تفاوتا فاحشا نهر (قوله ولا فى الشئ المنقطع) لان القدرة على التسليم حال وجوبه شرط وفى كل وقت بعد العقد يحتمل وجوبه بموت المسلم اليه لان الديون تحل بموت من عليه الدين فيشترط دوام وجوده لتدوم القدرة على التسليم وحد الانقطاع ان لا يوجد فى الاسواق وان كان فى البيوت زيلعى ولو انقطع فى اقليم دون آخر لا يصح فى الاقليم الذى لا يوجد فيه نهر عن الفتح لانه لا يمكن احضاره الا بمشقة عظيمة حتى لو أسلم فى الرطب ببخارى لا يجوز وان كان يوجد بسجستان نوح عن شرح الهداية للعينى (قوله عند المحل) بكسر الحاء اسم زمان أى وقت حلول المسلم فيه شيخنا (قوله أو كان موجودا عند العقد وعند المحل منقطعا فيما بينهما) من هنا يعلم ان ما وقع فى الدرر حيث بين المنقطع بقوله بان استغرق العدم جميع الوقت من العقد الى الاجل غير صحيح والصواب بان لم يستغرق وجوده جميع الوقت الخ كذا ذكره عزمى زاده ثم ظهر لى ان قوله بان استغرق الخ ليس تصويرا للمنقطع بل تصوير للوجود المنفى المفهم من قوله أى ولا فيما انقطع ولم يوجد من حين العقد الخ غايته ان تعبيره بالعدم وقع من سهو القلم والصواب ابداله بالوجود وما أجاب به الشيخ حسن يعكر عليه تعبير صاحب الدرر بباء التصوير المفيدة للحصر (قوله يصح فى الصورتين الاخيرتين) لوجود القدرة عند وجوبه ولا معنى لاشتراطه قبل ذلك ولنا ماورد عن ابن عمر انه عليه السلام نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وفى لفظ حتى تبيض وتأمن العاهة وهذا نص على انه لا يجوز فى المنقطع فى الحال اذ الحديث ورد فى السلم ويدل عليه قوله عليه السلام اذا منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه (قوله وقال زفر يبطل) للعجز عن تسليمه كما اذا هلك المبيع قبل القبض قلنا ان السلم قد صح وتعذر التسليم بعارض على شرف الزوال فيخير فيه كما اذا أبق العبد المبيع قبل القبض بخلاف هلاك المبيع قبل القبض لانه قد فات لا الى خلف زيلعى (قوله فى غير حينه) أى فى الشتاء لانه ينقطع فيه لانجماد الماء قيد بقوله فى

لا فى الحيوان) أى لا يصح فى الحيوان مطلقا وقال الشافعى يصح ان بين جنسه ونوعه وسنه وصفته (و) لا فى (اطرافه) كالرؤس والاكارع وهى مادون الركبة من القوائم ولو اسلم فيه وزنا اختلفوا فيه (و) لا فى (الجلود عددا) الا اذا بين الطول والعرض والصفة وقال مالك يصح السلم فى رؤس الحيوان واطرافه وجلوده عددا قوله عددا متعلق بالاطراف والجلود (و) لا فى (الحطب حزما و) لا فى (الرطبة جرزا) الا اذا بين طول ما تشد به الحزمة انه شبر او ذراع فحينئذ يجوز اذا كان يعرف به ولا يتفاوت والجرز جمع جرزة بتقديم الراء المهملة على الزاى المعجمة وهى القبضة من القت ونحوه (و) لا فى (الجواهر والخرز) وفى صغار اللآلئ التى تباع وزنا يصح السلم فيها (و) لا فى الشئ (المنقطع) عن أيدى الناس مطلقا سواء كان المسلم فيه موجودا عند العقد منقطعا عن أيدى الناس عند حلول الاجل أو كان منقطعا وقت العقد موجودا فى ايدى الناس عند المحل أو كان موجودا عند العقد وعند المحل منقطعا فيما بينهما وعند الشافعى يصح فى الصورتين الاخيرتين واذا كان المسلم فيه موجودا من وقت العقد الى وقت المحل يصح اتفاقا واذا كان المسلم فيه موجودا من وقت العقد الى وقت المحل فلم يأخذه بعد المحل حتى انقطع عن أيدى الناس خير رب السلم بين أن يفسخ ويأخذ رأس المال وبين أن ينتظر وجوده فيأخذ المسلم فيه وقال زفر يبطل العقد ويأخذ رأس المال (و) لا فى (السمك الطرى) فى غير حينه وزنا وعددا فان كان فى حينه يصح وزنا لاعددا

٦ قوله وعنده اضباره بالضاد المعجمة كما فى القاموس اه بحراوى

غير

غير حينه لانه لو أسلم فى الصيف وكان منتهى الاجل لا يبلغ الشتاء جاز وزنا لا عددا وهذا معنى قول محمد لا خير فى السمك الطرى الا فى حينه نهر (قوله ولو كان فى بلد لا ينقطع أصلا) كمصر (قوله لا يصح فى الكبار الخ) اعتبارا بالسلم فى اللحم عنده لاختلاف الناس فى نزع عظمها واختلاف رغباتهم فى مواضعها زيلعى وفى تقييد الشارح بالوزن اشارة الى ان اختلاف الرواية عن الامام فى الكبار من حيث الوزن اما عدم الجواز فى الكبار بالنسبة لغير الوزن كالكيل فرواية واحدة وبهذا التقرير تعلم مافى عبارة الايضاح التى نقلها الزيلعى وغيره كالنهر من الايهام حيث قال الصحيح جوازه فى الصغار كيلا ايضا وفى الكبار روايتان انتهى (قوله لو مالحا) يقال سمك مليح ومملوح ولا يقال مالح الا فى لغة رديئة نهر عن المغرب وأجاب السيد الحموى بأنه وقع التعبير به فى كلام الشافعى وهو عربى يحتج بكلامه وأنشد بعضهم على ذلك فقال

ولو تفلت فى البحر والبحر مالح * لاصبح ماء البحر من ريقها عذبا

(قوله وعندهما يصح ان بين الخ) لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويصح استقراضه وزنا ويجرى فيه ربا الفضل بعلة الوزن فصار كالالية والشحم وله انه يختلف سمنا وهزالا ويختلف باختلاف فصول السنة فما يعد سمينا فى الشتاء يعد مهزولا فى الصيف ولانه يتضمن عظاما غير معلومة ويجرى فيه المماكسة فالمشترى يامره بالنزع والبائع يدسه فيه وهذا النوع من الجهالة والمنازعة لا يرتفع ببيان الموضع وذكر الوزن فصار كالسلم فى الحيوان وفى مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الاول وهو الاصح لان الحكم اذا علل بعلتين لا ينتفى بانتفاء احداهما والتضمين بالمثل ممنوع فانه من ذوات القيم فى رواية بيوع الجامع وكذا لا يجوز استقراضه ولو سلم فيهما فهو معاين عند الاتلاف والاستقراض فيمكن ضبطه بالمشاهدة بخلاف الموصوف فى الذمة وقيل لا اختلاف بينهم فجواب الامام فيما اذا أطلق السلم فى اللحم وجوابهما فيما اذا بين موضعا معلوما والاصح ان الخلاف فيه ثابت زيلعى والفتوى على قول الصاحبين ولحم الطيور يجوز السلم فيه ان بين الموضع عند الكل لان ما فيه من العظم لا يعتبره الناس وهو الصحيح نهر (قوله لم يدر قدره) لاحتمال ان يضيع فكان المسلم فيه مجهول القدر بخلاف البيع حيث جاز به وان لم يعرف قدره لوجود التسليم عقيب العقد من غير تراخ (قوله كالقصعة) بفتح القاف شيخنا عن المختار (قوله كالزبيل الخ) لانه يقع النزاع فى الكبس وعدمه قال النووى فى تهذيب الاسماء واللغات الزبيل بفتح الزاى وبعدها باء مكسورة مخففة من غير نون وجمعه زبل بضم الزاى وسكون الباء قاله فى المحكم انتهى وفى الصحاح الزبيل معروف فاذا كسرته شددت فقلت زبيل الخ (قوله كذا عن أبى يوسف) كذا فى الهداية وهذا لا يستقيم فى السلم لانه ان كان لا يعرف قدره فلا يجوز السلم فيه كيف ما كان لما ذكرنا وان كان يعرف قدره فالتقدير به لبيان القدر لا لتعيينه فكيف يتأتى الفرق بين المنكبس وغيره أو التجويز فى قرب الماء وانما يستقيم هذا التفصيل فى البيع اذا كان يجب تسليمه فى الحال حيث يجوز باناء لا يعرف قدره ويشترط فى ذلك الاناء ان لا ينكبس ولا ينبسط ويعتبر فيه استثناء قرب الماء أيضا زيلعى وجوابه فى النهر (قوله معينة) لاحتمال أن يعتريها آفة فلا يقدر على التسليم والى ذلك وقعت الاشارة بقوله عليه السلام أرأيت ان منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه بخلاف ما لو أسلم فى حنطة صعيدية أو شامية اذ لا يتوهم انقطاع الحنطة ثمة نهر (قوله لبيان الصفة) بان كان له نظير ولو أسلم فى حنطة حديثة قبل حدوثها فالسلم باطل لانها منقطعة فى الحال (قوله كالخشمرانى الخ) الخشمرانى نسبة الى خشمران بضم الخاء وسكون الشين المعجمتين وضم الميم وبالراء فى آخره نون وهى قرية من قرى بخارى والبساخى نسبة الى بساخ بكسر الباء الموحدة وبالسين المهملة وبعد الالف خاء معجمة وهى قرية من قرى فرغانة عينى على الهداية وفى معراج الدراية البساخى بضم الباء وكسرها (قوله وشرطه الخ) شروع فيما يشترط ذكره من الشروط فلا يرد أن له شروطا أخر سكت

ولوكان فى بلد لا ينقطع أصلا يصح فى جميع الاحيان وعن أبى حنيفة ان السلم لا يصح فى الكبار من السمك التى تنقطع وزنا (وصح) السلم (وزنا) لاعددا (لومالحاو) لافى (اللحم) مطلقا عند أبى حنيفة وعندهما يصح ان بين جنسه ونوعه وسنه وصفته وموضعه وقدره كشاة خصى ثنى سمين من الجنب مائة من (و) لا (بمكيال أو ذراع) بعينه (لم يدر قدره) واذا عرف يصح ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة وان كان مما ينكبس بالكبس فيه كالزبيل والجراب لا يصح الا فى قرب الماء استحسانا كذا عن أبى يوسف (و) لا (بر قرية) أى لا يصح السلم فى بر قرية معينة (او ثمر نخلة معينة) ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لا لتعيين المكان كالخشمرانى ببخارى والبساخى بفرغانة يصح لان ذكره لبيان الجودة (وشرطه) أى شرط جواز السلم

عنها الان تلك لا يشترط ذكرها بل وجودها نهر (قوله بيان الجنس الخ) بيان الجنس والنوع والصفة والقدر هذه الاربعة تذكر فى كل من المسلم فيه ورأس المال شرنبلالية وانما يشترط بيان النوع فى رأس المال اذا كان فى البلد نقود مختلفة والا فلا يشترط بحر عن المعراج وفى النهر عن الخلاصة وبيان النوع فيما لا نوع له لا يشترط لكن تعقبه الحموى بانه لا يتوهم الاشتراط حتى ينفى ونفى الشئ فرع وجوده (قوله كبر أو شعير) وقيل بيان الجنس كقوله قمح صعيدى او بحيرى وهذا ليس بصحيح بل بيان الجنس ما ذكرناه والذى ذكره هذا القائل هو النوع عينى (قوله كسقية الخ) بضم السين وتشديد الياء المسقية والبخسية منسوبة الى البخس وهو النقص شيخنا عن القاموس فعلى هذا يقرأ بالباء الموحدة من تحت وبالخاء المعجمة وذكر السيد الحموى ان نحسية بالحاء المهملة يعنى بعد النون منسوب الى النحس وهى الارض التى تسقيها السماء لانها منحوسة الحظ من الماء يعنى بالنسبة الى السيح كما فى البحر (قوله أو وسط) الوسط يستوى فيه المذكر والمؤنث والاثنان والجمع حموى عن المغرب (قوله مثل كذا كيلا الخ) أو كذا عددا (قوله وقال الشافعى يصح حالا أيضا) لانه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم مطلقا ولنا قوله عليه السلام من أسلم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فشرط فيه اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر لان المشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة ولان القدرة على تسليم المعقود عليه شرط فابه سبب القدرة وهو الاجل الذى يتمكن فيه من تحصيله رخصة لحاجة المفاليس يكون شرطا ضرورة زيلعى والحاصل ان محل الرخصة لا يتحقق الا مع ذكر الاجل فلا يجوز بدونه بحر وفيه عن الكرمانى لو عقدا السلم بلا أجل فهو فاسد فان جعلا له أجلا معلوما قبل ان يتفرقا جاز ان كانت الدراهم قائمة بعينها الا انها فيه قائمة مقام المبيع انتهى وفى الدر المختار لا بأس بالسلم فى نوع واحد على ان يكون حلول بعضه فى وقت وبعضه الآخر فى وقت آخر (قوله وان كان مشارا اليه) قال به ابن عمر وقول الفقيه من الصحابة مقدم على القياس ولانه ربما ظهر فيه زيوف فيختار الاستبدال به ورديئه ربما كان أكثر من النصف فاذا استبدله ورده فى المجلس فسد السلم عنده لانه لا يرى الاستبدال فى اكثر من النصف نهر (قوله لا يشترط معرفة القدر الخ) لانه صار معلوما بالاشارة كما فى الثمن والاجرة فلا يشترط معرفة قدره كما لا يشترط معرفة القيمة وللامام ان جهالة قدر رأس المال قد تفضى الى جهالة المسلم فيه اذ ربما ظهر فيه زيوف فيختار الاستبدال وقد لا يتفق الرد فى مجلس العقد فينفسخ العقد فى مقدار المردود فاذا لم يكن القدر معلوما لم يدر فى كم انتقض وكم بقى فيصير المسلم فيه مجهول المقدار وربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد رأس المال والموهوب فى هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافى اذ هو بيع المعدوم بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره فجهالته لا تؤدى الى جهالة المسلم فيه زيلعى ونهر (قوله حمل) بفتح الحاء أى ثقل يحتاج فى حمله الى ظهر او أجرة حمال نهر (قوله يتعين مكان العقد) لانه مكان الالتزام فيتعين لايفاء ما التزمه كموضع القرض والاستهلاك وله ان التسليم غير واجب فى الحال فلا يتعين مكان العقد بخلاف القرض والاستهلاك واذا لم يتعين بقى مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة لاختلاف القيم باختلاف الاماكن وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة بان اشترى او استأجر دارا بمكيل او موزون موصوف فى الذمة او اقتسما وأخذ أحدهما اكثر من نصيبه والتزم بمقابلة الزائد مكيل او موزون كذلك الى أجل فعنده يشترط بيان مكان الايفاء وهو الصحيح وعندهما لا يشترط نهر وأما القرض والغصب والاتلاف فكالبيع بالاتفاق زيلعى فلا يشترط بيان مكان الايفاء وتعيين المصر يكفى زيلعى وقيل ان لم تبلغ نواحيه فرسخا يوفيه فى أى ناحية وان بلغت فرسخا لا بد من تعيين ناحية وفى الشرنبلالية عن المحيط لو اشترى طعاما بطعام من جنسه وشرط أحدهما التوفية الى منزله لم يجز بالاجماع لان فى احد الجانبين زيادة وهو الحمل انتهى (قوله وما لا حمل له الخ) قيل ما لم يكن له حمل ومؤنته هو الذى يحمل مجانا وقيل ما يمكن رفعه بيد واحدة شيخنا عن الاكمل

والمؤونة

(بيان الجنس) أى جنس المسلم فيه كبر او شعير (و) بيان (النوع) كسقية او بخسية (و) بيان (الصفة) كجيدة او رديئة او وسط (و) بيان (القدر) مثل كذا كيلا بمكيال معروف أو كذا وزنا (و) بيان (الاجل) المعلوم فلا يصح السلم الا مؤجلا وقال الشافعى يصح حالا أيضا واقله شهر فى الاصح وعليه الفتوى وقيل ثلاثة أيام وقيل اكثر من نصف يوم (و) بيان (قدر رأس المال) كائنا (فى المكيل والموزون والمعدود) وان كان مشارا اليه وقال أبو يوسف ومحمد لا يشترط معرفة القدر بعد التعيين بالاشارة حتى لو قال اسلمت اليك هذه الدراهم فى كر بر لا يصح عنده وعندهما يصح واجمعوا على ان رأس المال لو كان ثوبا او حيوانا يصير معلوما بالاشارة (و) شرط بيان (مكان الايفاء فيما له حمل) ومؤنة (من الاشياء) كالبر ونحوه وقال ابو يوسف ومحمد ليس بشرط ولكن ان شرطاه صح وان لم يشرطاه يتعين مكان العقد للتسليم (وما لا حمل له) ولا مؤنة

والمؤونة الكلفة (قوله كالمسك والكافور) يعنى القليل منهما نهر (قوله ويوفيه حيث شاء) ولو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق وقد اختلف الترجيح نهر (قوله يتعين مكان العقد) صححه ابن الكمال قال فى الفتح ومعناه اذا كان مما يتأتى التسليم فيه وما لا يتأتى فيه بان عقدا السلم فى لجة البحر أو فى جبل يجب فى أقرب الاماكن منه (قوله وقبض رأس المال قبل الافتراق) لان السلم ينبئ على اخذ عاجل بآجل وذلك بالقبض قبل الافتراق ليكون حكمه على وفق ما يقتضيه اسمه ولا فرق فى ذلك بين ما يتعين بالتعيين أو لا لانه فيما لا يتعين يلزم الافتراق عن دين بدين وهو منهى عنه وأما اذا كان عينا فاشتراط القبض جواب الاستحسان اعمالا لمقتضى الاسم الشرعى ولانه لا بد من تسليمه اليه ليتصرف فيه فيقدر على تسليم المسلم فيه ولهذا قلنا لا يجوز اشتراط الخيار فيه فان وجد فيه أبطله فان أسقطه قبل الافتراق ورأس المال قائم فى يد المسلم اليه صح وكذا لا يثبت فى المسلم فيه خيار رؤية بخلاف خيار العيب ويثبتان فى رأس المال اذا كان عينا وما فى النهر عن الواقعات باع عبدا بثوب موصوف الى اجل جاز لوجود شرط السلم فلو افترقا قبل قبض العبد لا يبطل العقد لانه يعتبر سلما فى حق الثوب بيعا فى حق العبد ويجوز ان يعتبر فى عقد واحد حكم عقدين كالهبة بشرط العوض مشكل ومقتضى جواب الاستحسان ان يبطل وما ادعاه يمكن اجراؤه فى كل عين جعلت رأس مال السلم حموى (تتمة) بقى من الشرائط نقد رأس المال عنده للاحتراز عن الفساد لانه اذا رد بعضه بعيب الزيافة ولم يتفق الاستبدال فى مجلس الرد انفسخ العقد بقدر المردود نهر وخلوص البدلين عن أحد وصفى علة الربا وهو القدر والجنس كاسلام الحنطة فى الشعير والحديد فى الرصاص وكون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين لتخرج النقود شرنبلالية وما فى النهر من قوله وكون رأس المال مما يتعين بالتعيين صوابه ابدال رأس المال بالمسلم فيه كما هو ظاهر وما فى العينى من قوله والشرط التاسع الذى لم يذكره الشيخ هو القدرة على تحصيل المسلم فيه فجوابه انه انما لم يذكره استغناء بما قدمه من عدم جوازه فى المنقطع (قوله قبل الافتراق بالابدان) وان ناما او مشيا فرسخا أو اكثر ولو دخل ليخرج الدراهم ان توارى عن المسلم اليه بطل وان بحيث يراه لا ولو أبى المسلم اليه قبض رأس المال اجبر عليه تنوير شرحه ولو أدى المسلم اليه الى رب السلم قبل حلول الاجل فانه يجبر على القبول حموى عن العمادية وتصح الكفالة والحوالة والارتهان برأس المال فان قبض المسلم اليه رأس المال من المحال عليه او الكفيل قبل افتراق العاقدين صح والا وبطلت الكفالة والحوالة واما الرهن فان لم يهلك فكذلك وان هلك قبل الافتراق وكانت قيمته مثل رأس المال او اكثر تم العقد وان كانت اقل تم بقدره وبطل فى الباقى نهر وسكت عن الكفالة بالمسلم فيه وقد صرح فى منية المفتى بجوازها حيث قال والحوالة برأس المال جائزة كذا الكفالة به وبالمسلم فيه انتهى قال شيخنا فان قلت سيأتى ان الكفالة بالمبيع لا تصح لان المكفول مضمون بغيره وهو الثمن يعنى انه ان هلك قبل قبض المشترى سقط عنه ثمنه لانفساخ البيع به والمسلم فيه مبيع فكيف صحت الكفالة به قلت ذلك فى بيع العين وهذا بيع دين انتهى (قوله وهو شرط بقاء العقد على الصحة) هذا هو الاصح كما فى النهر خلافا للبعض فلا يشترط كون القبض مقرونا بالعقد (قوله فان اسلم مائتى درهم الخ) تفريع على اشتراط قبض رأس المال نهر (قوله مائة دينارا الخ) التقييد باضافة العقد اليهما ليس احترازيا لانه لو أضافه الى مائتين مطلقا ثم جعل المائة قصاصا بما فى ذمته من الدين فالحكم كذلك فى الاصح قيد بكونها دينا عليه لانه لو قال والمائة التى لى على فلان فسد العقد فى الكل وان نقد الكل لاشتراط تسليم بعض الثمن على غير العاقد كما فى النهر وهو مفسد مقارن (قوله او مائة نقدا) بالنصب فيهما فمائة على الحال كما ذكره العينى ونقدا وصفه ويجوز نصب مائة على البدل نهر وهو أولى من النصب على الحال لان وقوع الحال غير مشتقة او مؤولة بالمشتق مقصور على السماع حموى وكذا يقال فى قوله مائة دينا قال العينى وفى عامة النسخ مائة دين عليه ومائة نقد بالرفع فيهما فوجهه

كالمسك والكافور (لا) يحتاج الى بيان مكان الايفاء (ويوفيه حيث شاء) وهو الاصح وذكر فى الجامع الصغير وبيوع الاصل انه يتعين مكان العقد للايفاء (و) شرطه (قبض رأس المال قبل الافتراق) بالابدان وهو شرط بقاء العقد على الصحة لا شرط انعقاد العقد على الصحة وقال مالك ترك قبض رأس المال يوما ويومين جائز (فان اسلم مائتى درهم فى كر بر مائة دينا) اى على المسلم اليه (ومائة نقدا عليه)

ان يكون خبر مبتدأ محذوف (قوله فالسلم فى حصة الدين باطل) لافتراقهما عن دين بدين وليس المعنى انه انعقد باطلا فى حصة الدين بل هو صحيح والمفسد طارئ عليه بافتراقهما فلم يسر الفساد الى حصة المائة الثانية ولهذا قلنا لو نقد الكل قبل الافتراق صح نهر (قوله كما قال زفر) مقتضاه انه مذهبه وليس كذلك بل هو رواية عنه بدليل قول الزيلعى وعن زفران السلم فى الكل باطل لأنه جعل القبول فى الدين شرطا لصحته فى الآخر فيفسد فى الكل وجوابه ان العقد وقع صحيحا لعدم تعين الدين ثم فساده فى البعض طارئ فلا يتعدى واما ما فيه ابن عباس رضى الله تعالى عنهما انتهى (قوله وفى الدراهم كذلك عنده) لجهالة ما يخصها من المسلم فيه زيلعى (قوله خلافا لهما) بناء على ان اعلام رأس المال ليس بشرط عندهما (قوله الكر) بضم الكاف وتشديد الراء در (قوله مكاكيك) جمع مكوك بوزن تنور (قوله والمكوك صاع ونصف) فيكون القفيز اثنى عشر صاعا (قوله ولا يصح لتصرف فى راس المال والمسلم فيه) لان المسلم فيه مبيع والتصرف فى المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز ورأس المال مستحق القبض فى المجلس والتصرف فيه مفوت له فلا يجوز زيلعى والتصرف المنفى يشمل البيع حتى لو باع رب السلم المسلم فيه من المسلم اليه باكثر من رأس المال لا يصح ولا يكون اقالة ويشمل الاستبدال حتى اذا استبدل المسلم فيه بجنس آخر لا يجوز لكونه بيع المنقول قبل قبضه وكذا الاستبدال برأس مال السلم لا يجوز لكونه يفوت القبض المشروط بخلاف ما اذا اعطاه من جنس رأس المال اجود أو اردأ حيث يجوز لانه قبض جنس حقه وانما اختلف الوصف الا انه لا يجبر على اخذ الاردأ و يجبر على اخذ الاجود لانه لا يعد فضلا وعلى هذا لو اعطاه اجود من المسلم فيه أو اردأ منه فحكمه حكم رأس المال ولا يشمل الاقالة سواء كانت فى الكل أو فى البعض فانها تجوز وذكر فى الذخيرة قولين فى الابراء عن المسلم فيه كله او بعضه هل هو اقالة فيرد رأس المال كله او بعضه او هو حط فلا يرد شيئا وفى كون الابراء يتوقف على القبول اختلاف وتفصيل حكاه فى البحر وأما الهبة ففى البحر عن الظهيرية لو وهب رب السلم المسلم فيه للمسلم اليه كانت اقالة للسلم ولزمه ردّ رأس المال اذا قبل انتهى (قوله أو تولية) ولو ممن عليه در قيدهما قبل القبض لان كلا من الشركة والتولية والمرابحة والوضيعة بعده جائز نهر (قوله صورة المسئلة الخ) لم يذكر الشارح صورة التصرف فى رأس المال قبل قبضه ومن صوره ما نقله شيخنا عن عزمى معزيا بالصدر الشريعة ان يعطى بدل رأس المال شيئا آخر ومن صوره أيضا ما نقله الحموى عن البرجندى ان يهبه من رب السلم قبل القبض (قوله لم يشتر الخ) لقوله عليه السلام لا تأخذ الا سلمك او رأس مالك اى لا تأخذ الا سلمك حال بقاء العقد او رأس مالك حال انفساخه زيلعى بخلاف بدل الصرف حيث يجوز الاستبدال عنه بشرط قبضه فى مجلس الاقالة تنوير وشرحه (قوله وعند زفر والشافعى يجوز قياسا) لانه لما بطل السلم بقى رأس المال دينا فى ذمته فيصح الاستبدال به كسائر الديون ووجه الاستحسان ما بيناه من قوله عليه السلام لا تأخذ الا سلمك او رأس مالك ولانه أخذ شبها بالمبيع لان الاقالة بيع فى حق غيرهما ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه يعنى بالاقالة فتعين ان يجعل رأس المال مبيعا وان كان دينا فى الذمة لان كونه دينا لا ينافى ان يكون مبيعا كالمسلم فيه قبل القبض ولان الاقالة لما صارت بيعا جديدا من وجه كان حكم رأس المال فيها كحكمه فى البيع الاول وهو السلم تنزيلا للخلاف منزلة الاصل فيحرم استبداله بعد الاقالة كما كان يحرم قبلها الا انه لا يجب قبضه فى المجلس بعدها كما كان يجب قبلها لان الاقالة ليست ببيع من كل وجه الخ الزيلعى ومنه تعلم ما فى كلام بعضهم حيث عزا للزيلعى قوله ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لانه دين مثله مع ان الزيلعى انما علل عدم امكان جعل المسلم فيه مبيعا بسقوطه كما قدمناه والحاصل ان التعليل بانه دين مثله اى مثل رأس المال فى كونه دينا ايضا فاسد لكونه صريحا فى المنافاة بين ان يكون الشئ دينا ومبيعا والعجب ان الزيلعى مصرح بان كون رأس المال دينا فى الذمة لا ينافى ان يكون مبيعا (قوله كذا فى الحواشى الخ) المراد بالحواشى الخبازية وبالشرح شرح الهداية للسيد

فالسلم فى) حصة (الدين باطل) وفى حصة النقد يجوز ولا يشيع الفساد كما قال زفر هذا اذا كان رأس المال والمسلم فيه من نوع واحد اما اذا كان رأس المال من نوعين بأن اسلم الى رجل فى كر برعشرة من الدراهم التى عليه وعشرة من الدنانير اجماعا وفى العينة فلا يجوز فى حق الدنانير اجماعا واما الدراهم كذلك عنده خلافا لهما بأن اسلم اذا كان السلم فيه من نوعين ولم يبين مائة درهم فى كر بر وكر شعير رأس مال كل واحد لا يجوز عنده والكر ستون قفيزا والقفيز ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف كذا فى المغرب وقيل اربعون صاع قفيزا (ولا يصح التصرف فى رأس المال والمسلم فيه قبل القبض بشركة اوتولية) صورة المسئلة رجل اسلم عشرة دراهم فى كر حنطة فجاء رجل آخر الى هذا الذى اسلم وقال له خذ منى خمسة دراهم واشركنى فى الحنطة التى اسلمت فيها فاشركه فيها لا يجوز وقال بع منى الحنطة التى اسلمت فيها بما اسلمت فيها لا يجوز (فان تقايلا السلم) بعد قبض المال (لم يشتر) رب المال (من المسلم اليه) برأس المال (شيئا) استحسانا وعند زفر والشافعى يجوز قياسا ثم هذا اذا كان السلم صحيحا اما اذا كان فاسدا فلرب السلم ان يتصرف فى رأس المال قبل قبضه كذا فى الحواشى نقلا عن الشرح

جلال الدين حموى (قوله ولو اشترى المسلم اليه الخ) قيد بالشراء لانه لو استفاده من ارضه او بميراث او بهبة او وصية واوفاه رب السلم وكاله بحضرمنه يكتفى بكيل واحد لانه لم يوجد الا عقد واحد وهو السلم شيخنا عن النهاية (قوله لم يصح القضاء) حتى لو هلك بعد ذلك يهلك من مال المسلم اليه وللمسلم ان يطالبه بحقه لانه اجتمع صفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهيه عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشترى والموزون والمعدود اذا اشتراه بشرط العد كالمكيل وقيل فى المعدود روايتان نهر (قوله وصح لو قرضا) لانه اعارة حتى ينعقد بلفظ الاعارة فكان المقبوض عين حقه تقديرا فلم يكن استبدالا للزوم مبادلة الجنس بجنسه نسيئة فلم تتحقق الصفقتان فيكتفى بكيل واحد زيلعى (قوله ففعل صح) لوجود شرط الصفقتين وهو الكيل فيهما (قوله وهو غائب) تقييده بغيبته للاحتراز عما لو كان بحضرته فانه يصير قابضا بالتخلية در (قوله لم يكن قضاء مطلقا) أى سواء كان فيه طعام لرب السلم اولا كما سيصرح به (قوله وقال شمس الأئمة الخ) كذا فى النسخ وحقه ان يكون مؤخرا عن قوله ولو كان فى طرفه طعام رب السلم الخ كما هو كذلك فى النهاية والبحر والنهر وغيرها شيخنا (قوله الأصح عندى ان يصير قابضا) لان امره بخلط طعام السلم بطعام رب السلم على وجه لا يتميز معتبر فيصير به قابضا بجزء عن الفتح (قوله ففعل وهو غائب فهو قبض) لان المشترى ملك المبيع بنفس الشراء فيصح امره لمصادفته ملكه فيكون قابضا بجعله فى الظرف ويكون البائع وكيلا فى امساك الظرف فيكون الظرف فى يد المشترى حكما بخلاف المسلم فيه اذا كاله المسلم اليه فى ظرف رب السلم وهو غائب لان حقه فى الذمة ولا يملكه الا بالقبض فلم يصادف امره ملكه فلا يصح فان قلت البائع لا يصلح ان يكون وكيلا فى القبض حتى لو وكله به نصا لم يصح توكيله ولا يكون قابضا له قلت لما صح امره تضمن صحة التوكيل وكم من شئ يثبت ضمنا لا قصدا قيد بظرف المشترى لانه لو امره ان يكيله فى ظرف البائع ففعل لم يصر قابضا لان المشترى صار مستعيرا للظرف من البائع ولم يقبضه فلا تصح العارية لانها لا تتم بدون القبض فصار كما لو أمره ان يجعله فى ناحية من بيت البائع عينى (قوله ولو أسلم أمة فى كر الخ) حاصل هذه المسئلة والتى بعدها الفرق بين الاقالة أى اقالة السلم والبيع بالثمن ففى السلم تجوز الاقالة قبل هلاك الجارية و بعده بخلاف البيع نهر (قوله بقى عقد الاقالة الخ) لان شرط صحة الاقالة بقاء العقد وهو يبقى ببقاء المعقود عليه والمعقود عليه فى السلم هو المسلم فيه وهو باق فى ذمة المسلم اليه بعد هلاك الجارية زيلعى (قوله وعليه قيمتها فى الصورتين) لعجزه عن ردعينها (قوله وعكسه شراؤها بألف) لان المعقود عليه فيه هى الأمة فلا تصح الاقالة بعد هلاكها ابتداء وبالهلاك بعدها تبطل ولا تبقى لانعدام المحل فكانت عكس الاول بخلاف بيع المقايضة فانها تصح الاقالة فيه ابتداء بعد هلاك أحدهما ولا تبطل به لان كل واحد من العوضين فيه معقود عليه لكونه مبيعا من وجه فيبقى العقد ببقاء أحدهما والحاصل ان الاقالة اما ان تكون فى السلم أو فى بيع المقايضة أو فى بيع العين بالثمن وقد ذكرنا حكم الثلاثة والرابع الاقالة فى الصرف بعد هلاك البدلين أو أحدهما فانها صحيحة وكذا لا تبطل بالهلاك فى البدلين أو أحدهما بعدها لان المعقود عليه فى الصرف ما وجب لكل واحد منهما فى ذمة الآخر وذلك غير معين فلا يتصور هلاكه والمقبوض غيره فلا يمنع هلاكه صحة الاقالة عينى (قوله والقول لمدّعى الرداءة الخ) هذا صادق بما اذا قال أحدهما شرطنا رديئا وقال الآخر لم نشترط شيئا وبما اذا قال شرطنا جيدا وقال الآخر انما شرطناه رديئا والمراد الاول ولهذا أردفه بقوله لا لنافى الوصف ولا فاقوان الرداءة مثال حتى لو قال أحدهما شرطنا جيدا وقال الآخر لم نشترط شيئا فالحكم كذلك وبه اندفع ما فى البحر من انه لو قال لمدّعى الوصف الشامل للرداءة والجودة لكان أولى نهر وانما كان القول لمدّعى الوصف والاجل لانه يدعى الصحة اذ السلم لا يجوز الا مؤجلا موصوفا فكان الظاهر شاهدا له لان الفاسد حرام والظاهر من حال المسلم تجنب الحرام زيلعى ولتقييده بالاختلاف فى أصل التأجيل لانهما لو اختلفا فى مقداره فالقول لمدّعى

(ولو) اسلم فى كر فلما حل الاجل (اشترى المسلم اليه) من رجل (كرا فامر) المسلم اليه (رب السلم بقبضه) منه (قضاء) لحقه فقبضه رب السلم (لم يصح) القضاء (وصح) القضاء (لو كان الكر (قرضا او امره بقبضه له) اى صح القضاء لو امر المسلم اليه رب السلم بقبض الكر للمسلم اليه (ثم) بقبضه (لنفسه ففعل) أى فاكاله ثم اكتاله لنفسه (ولو أمر رب السلم) أى لو اسلم فى كر وحل الاجل وامر رب السلم (ان يكيله) المسلم اليه (فى ظرفه) اى ظرف رب السلم (ففعل) وكال (وهو) أى رب السلم (غائب لم يكن قضاء) مطلقا وعليه ان يكيله ثانيا بحضرته وقال شمس الأئمة الاصح عندى ان يصير قابضا ولو كان فى ظرفه طعام رب السلم وقد كال المسلم اليه الكر فيه بأمره قيل يصير قابضا وقيل لا (بخلاف البيع) فانه لو اشترى من آخر طعاما عينا وامره ان يكيله فى ظرف المشترى ففعل وهو غائب فهو قبض (ولو اسلم امة فى كر) من البر وغيره (وقبضت الامة فتقايلا) السلم (فماتت) الامة فى يد المسلم اليه (اوماتت) الامة (قبل الاقالة بقى) عقد الاقالة فيما تقايلا فماتت (وصح) الاقالة فيما اذا ماتت قبل الاقالة (وعليه) اى على المسلم اليه (قيمتها) يوم قبضها فى الصورتين (وعكسه) اى عكس الحكم المذكور (شراؤها بألف) صورته اشترى امة بألف ثم تقايلا فماتت فى يد المشترى بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة ايضا (والقول لمدعى الرداءة

الاقل مع يمينه لانكاره الزيادة الاان يبرهن مدّعى الاكثر وان أقاماها فبينة مثبت الزيادة أولى ولو
اختلفافى مضيه فالقول للمسلم اليه مع يمينه لان الاصل عدم المضى الاان يبرهن الآخرولو برهنا فبينة
المطلوب أولى لان بينة المطلوب تثبت بقاء الاجل فكانت بينته مثبتة زيادة الاجل والاختلاف فى مقدار
الاجل لايوجب التحالف عندنا خلافا لزفر بخلاف الصفة لان الوصف جار مجرى الاصل نهر بقليل
زيادة بحخ شيخنا وان اختلفا فى مكان الايفاء فالقول للمطلوب وان برهنا فللطالب عنده وعندهما يتحالفان
ويترادان السلم وقيل على العكس وفى الظهيرية اذا اختلفا فى جنس المعقود عليه تحالفا وكذا فى الصفة
بخلاف الاختلاف فى الصفة فى بيع العين وان اختلفا فى الجنس أو الوصف أو القدر تحالفا وترادا سواء
كان فى رأس المال أو فى المسلم فيه بحر كما اذا ادّعى رب السلم شرط الجيد والمسلم اليه شرط الردىء (قوله
والتأجيل) وقيل القول قوله الى أدنى الآجال وذلك شهر وفيما زاد عليه لايقبل الا ببينة شرنبلالية
(قوله فالقول قول رب السلم) عند أبى حنيفة لانه يدعى الصحة والاصل فيه انهما اذا اختلفا فى الصحة فان
خرج كلام أحدهما مخرج التعنت بأن ادّعى المسلم اليه الوصف أو رب السلم الاجل ونفاه الآخر كان القول
للمدّعى اتفاقا فان رب السلم بانكاره وصف الرداءة انكر ماينفعه لان المسلم فيه الردىء يزيد على رأس ماله
عادة والمسلم اليه بانكاره الاجل أنكر ماينفعه أيضا وان خرج مخرج الخصومة بأن أنكر مايضره فكذلك
عند أبى حنيفة أى يكون القول لمن يدعى الصحة وعندهما القول للمنكر شيخنا (قوله وعندهما القول
للمسلم اليه) لان فيه نفعه بسقوط المسلم فيه عنه ورد رأس المال بخلاف انكار رب السلم لانه متعنت حيث
ينكر وجوب حقه وهو المسلم فيه لانه يزيد على رأس المال عادة تبيين (قوله فالقول لرب السلم عندهم)
لان المسلم اليه متعنت فى انكاره ماينفعه وهو الاجل وهو حق له فكان باطلا وأشار الشارح بقوله
عندهم الى ان هذه الصورة لاخلاف فيها للصاحبين خلافا لما فى الدرر ولهذا تعقبه فى الشرنبلالية بان
تعميم الخلاف سهو بل الخلاف انما هو فيما اذا ادّعى المسلم اليه الاجل فيصدق عند أبى حنيفة بيمينه
لا عندهما واما اذا ادّعاه رب السلم فيصدق اتفاقا نص عليه فى التبيين والهداية والمجمع والمواهب والمحيط
موضحا بالتعليل انتهى قلت وعلى صاحب الدرر مؤاخذة أيضا من جهة لزوم التكرار بقى ان يقال
ماسبق من ان القول لمدّعى الرداءة والتأجيل هل هو بيمينه أولا وكذا الاخذ بقول المنكر عند الصاحبين
حيث لم يكن بالانكار متعنتا هل هو موقوف على يمينه أولا قلت ذكر فى الشرنبلالية انه اذا ادعى المسلم
اليه الاجل يصدق عند أبى حنيفة بيمينه الخ فاذا كان اليمين شرطا فى دعوى الاجل عند أبى حنيفة فكذا
فى دعوى الوصف واما تحليف المنكر عند الصاحبين اذا أنكر مايضره فلم أر من نص عليه (قوله وعندهما
لرب السلم) لانه ينكر حقا عليه وهو الاجل فكان القول له وان أنكر الصحة (قوله والاستصناع) وهو
طلب عمل الصنعة نهر (قوله وطست) بفتح الطاء وكسرها مؤنثة أعجمية وجمعها طساس وطسوس وقد
يقال طسوت حموى عن المغرب فظاهره ان صاحب المغرب لم يتعرض لكونه بالسين المهملة أو الشين
المعجمة مع ان المنقول عنه انه جوز فيه الوجهين وفى البحر عن الصحاح الطست الطس بلغة طيء أبدل من
احدى السينين تاء للاستثقال فاذا جمع أو صغر رددت السين للفصل بينهما بألف أو واو أو ياء نحو طساس
وطسوس وطسيس الخ وقوله أبدل من احدى السينين الخ يعنى لان الحرف المشدّد بحرفين (قوله فلا
خير فيه) أى لايجوز لان الجواز خير فينتفى شيخنا عن العناية (قوله أى لو استصنع فى شئ من ذلك الخ)
للاجماع الثابت بالتعامل من لدن النبى عليه الصلاة والسلام الى يومنا هذا وهو من أقوى الحجج وقد
استصنع عليه السلام خاتما ومنبرا والقياس ان لايجوز لانه بيع المعدوم وبه قال زفر والثلاثة ولكن
ترك العمل به بما ذكرناه عينى لايقال كيف يدعى الاجماع وخلاف الائمة الثلاثة ثابت لانا نقول انعقد
الاجماع العملى وثبت فى الصدر الاوّل قبل وجود الائمة الثلاثة كذا بخط شيخنا ولا يشكل هذا على قول
أبى حنيفة فى المزارعة فان التعامل موجود ومع هذا لم يأخذ به وأخذ بالقياس لان الخلاف فيها كان

(قوله والتأجيل لالنا فى الوصف) اى
لايكون القول لمنكر وصف المسلم
فيه (والاجل) مطلقا أى ايهما كان
حتى لوقال المسلم اليه شرطت لك رديئا
وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول
للمسلم اليه وفى عكسه بأن ادعى رب
السلم شرط الردىء وانكر المسلم اليه
الشرط اصلا فالقول قول رب السلم عند
ابى حنيفة وعندهما القول للمسلم اليه
ولوقال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال
رب السلم كان له اجل فالقول لرب
السلم عندهم وفى عكسه بان ادّعى المسلم
اليه الاجل وانكر رب السلم فالقول
للمسلم اليه عند أبى حنيفة وعندهما
لرب السلم (وصح السلم والاستصناع
فى نحو خف وطست وقمقم) ان كان
يعرف بالوصف وان كان لا يعرف
بالوصف فلا خير فيه قوله
والاستصناع اى لو استصنع فى شئ
من ذلك بغير اجل صح استحسانا صورته
ان يقول للخفاف اخرز لى خفا من
ادمك يوافق رجلى ويريه رجله بكذا
واذا عمله الصانع

موجودا فى الصدر الاوّل زيلعى (قوله فله الخيار لانه اشترى مالم يره) يشير الى ماهو الصحيح من ان
الاستصناع يجوز بيعا لاعدة والمعدوم قد يعتبر موجودا للحاجة كطهارة المستحاضة وعكسه الماء
المستحق بالعطش وقد تحققت الحاجة هنا اذ كل أحد لايجد خفا مصنوعا يوافق رجله ولا خاتما يوافق
أصبعه وقد يجوز بيع المعدوم للحاجة أصله بيع المنافع والمعقود عليه هو العين دون العمل عند الجمهور
حتى لوجاء به لامن صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز ولو كان المعقود عليه عمله لم يجز وانما يبطل
بموت أحدهما لان للاستصناع شبها بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنعة زيلعى (قوله وعن أبى
حنيفة له الخيار أيضا) لانه يلحقه الضرر بقطع الصرم والصحيح ان للمستصنع الخيار دون الصانع لانه
المشترى لمالم يره والصانع بائع زيلعى (قوله لاخيار لواحد منهما) اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع فلان
فى اثبات الخيار له اضرارا بالصانع فربما لايرغب فيه غيره زيلعى (قوله ومؤجله سلم) فيشترط فيه شرائط
السلم (قوله ولو ضرب الاجل) المراد بالاجل ماقدمه وهو شهر فان كان أقل كان استصناعا ان جرى فيه
تعامل والا ففاسد ان ذكر على وجه الاستمهال وان للاستعجال بأن قال على ان تفرغه غدا أو بعد غد كان
صحيحا وفصل الهندوانى فجعله من المستصنع استعجالا ومن الصانع تأجيلا بحر (قوله صار سلما عند أبى
حنيفة) لانه أمكن تصحيحه سلما وأمكن تصحيحه استصناعا وجعله سلما أولى لانه عقد جاءت به السنة
والاستصناع ثبت باصطلاح الناس لا بالحديث عينى ولا يرد ماذكره هو فيما سبق من ورود الحديث فى
الاستصناع لانه غريب ولهذا قال الزيلعى ان جواز الاستصناع ثبت بتعامل الناس والسنة الغريبة (قوله
صار سلما عندهم) لان الاستصناع فيما لاتعامل فيه كالثياب لايجوز اجماعا فتعين حمله على السلم تحريا
للجواز واما فيما فيه تعامل كالخف ونحوه فيحتمل الوجهين لكن لفظ الاستصناع حقيقة فكان محافظة
قضيتها أولى ويحمل الاجل على الاستعجال لانه محتمل يحتمل ان يكون ذكره للتعجيل ويحتمل ان يكون
للاستمهال ولفظ الاستصناع محكم فيه فيحمل المحتمل عليه زيلعى وللامام ماسبق بيانه عن العينى

(المتفرقات) (قوله صح بيع الكلب) فى النهر عن الاجناس لا ينبغى لاحد ان يتخذ كلبا فى داره الا ان
يخاف من لصوص أو غيرهم والاسد والفهد والضبع بمنزلة الكلب فى ذلك واما اقتناؤه للصيد وحراسة
الماشية والزرع فيجوز بالاجماع اه والدليل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام من اقتنى كلبا لغير صيد
نقص من اجره كل يوم قيراطان والمراد بالاقتناء اتخاذه من قنوت الغنم وغيرها قنوة وقنيتها أيضا قنية
بكسر القاف وضمها فيهما اذا اقتنيتها لنفسك لا للتجارة شيخنا عن المختار (قوله وعند أبى يوسف الخ)
فى الزيلعى وعن وكذا فى بعض النسخ (قوله لايصح بيع الكلب العقور) الذى لايقبل التعليم واختاره
السرخسى قال وهو الصحيح من المذهب نهر لانه لا ينتفع به فصار كالهوام المؤذية زيلعى بل كلامه فى التنوير
يفيد عدم جواز بيع الهوام وان لم تكن مؤذية ونصه لايجوز بيع هوام الارض كالخنافس والبحر
كالسرطان قال شارحه وكل ماعدا السمك وجوز فى القنية بيع ماله ثمن كالسقنقور وجوز أبو الليث بيع
الحيات ان انتفع بها فى الادوية الخ (قوله لايصح بيع الكلب أصلا) لنهيه عليه السلام ولنا ماروى عن
ابن عباس انه عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد أو ماشية وفى رواية الا كلب الضارى عينى
ولان الشرع أباح الانتفاع به حراسة واصطيادا فكذا بيعا بخلاف الخنزير لانه نجس العين وما رواه الشافعى
محمول على ابتداء الاسلام حين كان عليه السلام يأمر بقتل الكلاب زيلعى ولئن سلمنا نجاسة عين الكلب
فنقول انما تمنع حرمة أكله لامنع بيعه واما عدم جواز بيع الخمر فلنص خاص وهو قوله عليه الصلاة
والسلام ان الذى حرم شربها حرم بيعها نهر ولهذا أجزنا بيع السرقين ومافى العينى من قوله ويجوز بيع
الجرو عند بعض أصحابنا يعنى الصغير من أسد وكلب وغيره لانه ينتفع به فى المآل كالمهر والجحش شيخنا
واعلم ان الضرى والضارى من أولاد الكلاب والانثى ضروة والجمع أضرؤ وضراء مثل ذئب وأذؤب
وذئاب وقد ضرى الكلب بالصيد ضراوة أى تعود واضراه صاحبه أى عوده شيخ شاهين عن الصحاح

(فله الخيار اذا رآه) اى المستصنع
لا للصانع وعن ابى حنيفة له الخيار
أيضا وعن ابى يوسف انه لاخيار
لواحد منهما (وللصانع بيعه قبل ان
يراه) وانما قيده به لانه اذا رآه واختاره
صار متعينا ولم يبق للصانع فيه حق
البيع (ومؤجله) أى مؤجل
الاستصناع سلم ولو ضرب الاجل فيما
فيه تعامل صار سلما عند ابى حنيفة
وعندهما هو الاستصناع ولو ضرب
الاجل فيما لاتعامل فيه صار سلما
عندهم حتى يشترط تعيين راس المال
واستقصاء الوصف ولا يكون له خيار
رؤية

(المتفرقات) كان من دأب اهل التصنيف ذكر
ماشذ من الابواب فى آخر الكتاب
(صح بيع الكلب) عندنا مطلقا
سواء كان معلما او غير معلم فضمن
متلفه وعن أبى يوسف لايصح بيع
الكلب العقور وعند الشافعى
لايصح بيع الكلب اصلا (و) صح
بيع (الفهد

قوله والانثى ضروة بفتح الضاد
وتسكين الراء كذا ضبطه شيخنا بالقلم
اه منه

وقوله ضرى بكسر ثانيه ضراوة بالفتح شيخنا (قوله والسباع) بسائر أنواعها فدخلت الهرة لانها تصطاد الفأرة والهوام المؤذية والصحيح فى بيع القرد الجواز وفى التجنيس وهو المختار لانه يمكن الانتفاع بجلده لكن صحح فى البدائع عدم الجواز لانه لا يشترى للانتفاع بجلده عادة بل للتلهى نهر ويجوز بيع لحوم السباع والحمر المذبوحة فى الرواية الصحيحة لانه طاهر منتفع به من حيث ايكال الكلاب والسنانير بخلاف الخنازير لانه لا يجوزان يطعم الكلاب والسنانير كذا فى المحيط قلت وهذا ظاهر على تصحيح طهارة اللحم بالذكاة الشرعية واما على أصح التصحيحين انها لا تطهر الا الجلد دون اللحم فلا يصح بيع اللحم شرنبلالية (قوله والذمى كالمسلم) لانه مكلف محتاج نهر (قوله فى غير الخمر والخنزير) قال فى ايضاح الاصلاح والتى خنقت أوجرحت فى غير موضع الذبح وذبائح المجوس كالخنزير فالمستثنى غير مختص بهما كما يفهم من الهداية انتهى أقول ولا هو مختص بما ذكره أى فى الايضاح لان الكافر لو اشترى مسلما أو مصحفا أو شقصا منهما أجبر على بيعه ولو كان المشترى صغيرا أجبر وليه ولو لم يكن له ولى أقام القاضى له وليا كذا فى السراج ولو أعتقه أو كاتبه جازفان عجز أجبر على بيعه وان دبره أو استولدها سعيا فى قيمتهما ويوجع ضربا بوطئه المسلمة وكذا لا يمنع من لبس الحرير والذهب بخلاف المسلم ولو استقرض الكافر خمرا فأسلم المقرض سقطت لتعذر قبضها وان أسلم المستقرض فعن الامام سقوطها وعنه ان عليه قيمتها وهو قول محمد (فرع) الفاسق المسلم اذا اشترى عبدا امرد وكان من عادته اتباع المرد أجبر على بيعه دفعا للفساد نهر وماذكره البرجندى من انه يستثنى أيضا ماتقدم اذا كان للذمى عبدان اخوان صغيران فانه لا يكره للذمى ان يفرق بينهما بالبيع نظر فيه السيد الحموى بأنه لا حاجة الى استثنائه فان الذمى كالمسلم فى البيع والشراء من حيث الصحة والفساد لا من حيث الحل والحرمة فانهم ليسوا مخاطبين بفروع الشريعة على الصحيح اه (قوله فباع) يعنى بايجاب وقبول كما فى النهاية فليس الامر بالبيع ايجابا خلافا لما يفهم من بعض شراح الهداية لان لفظة الامر لا تكون ايجابا من المشترى فكيف بالاجنبى نهر (قوله بأن قال سوى الالف) حق العبارة ان يقال بأن قال بع عبدك بألف على انى ضامن لك مائة من الثمن سوى الالف كما فى الزيلعى والعينى وبعض نسخ الشارح قيد بقوله سوى الالف لانه لو حذفه كان كفيلا بمائة من الثمن ولا تثبت الزيادة نهر (قوله والمائة على الضامن) ولا يرجع على المشترى الا اذا كان بامره واما البائع فلا طلب له على المشترى بالزيادة التى ضمنها الآمر وان كان بأمره عينى أى وان كان الضمان بأمر المشترى لانه لما نفذت الزيادة من جهته صار هو وكيلا فيها فترجع اليه الحقوق أو لانه لم يلتزمها وانما التزمها الاجنبى فيطالب بها هو وحده كالوكيل بالشراء يطالب هو فقط ثم يرجع على الموكل زيلعى (قوله خلافا لزفر والشافعى) وهذا مبنى على ان الزيادة تصح وتلتحق بأصل العقد عندنا وعندهما لا تصح ثم ان كل ما يحصل بمقابلته للاصل عوض لا يصح اشتراطه على الاجنبى كالثمن وان لم يحصل يجوز من الاجنبى أيضا كالزيادة فى الثمن ثم من شرط صحتها ان تقابل بالمبيع صورة وتسمية فاذا قال من الثمن وجدت المقابلة فصحت الزيادة وان لم يقل لم توجد المقابلة فلم تصح الزيادة فصار التزاما للمال ابتداء وهو رشوة فاذا جازت الزيادة لا يرجع بها على المشترى ولا تظهر فى حق حبس المبيع والمرابحة والشفعة الا اذا كانت بأمر المشترى ولا يقال هذا مشكل فان الزيادة اذا كانت من المشترى نفسه لم تظهر فى حق الشفيع حتى كان له أخذها بأصل الثمن من غير زيادة فكيف تجب عليه الزيادة بزيادة الاجنبى والمشترى لم يلتزمها الا انا نقول هذه زيادة ذكرت فى العقد فصارت من جملة الثمن بخلاف الزيادة بعد العقد زيلعى (قوله ووطء زوج الامة الخ) ولو انتقض البيع بعدما زوجها قبل القبض بطل النكاح فى قول أبى يوسف وهو المختار خلافا لمحمد وهو مقيد بما اذا لم يكن بالموت حتى لو ماتت بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح وان بطل البيع ويجب المهر للمشترى نهر عن النهاية والفتح ومثله فى الدرعن الفتح قال شيخنا وقوله ويجب المهر للمشترى لم أجد هذه الزيادة فى النهاية ولم ينقلها صاحب البحر والعناية قال ثم رأيت بخط شيخنا يعنى الشيخ شاهين انه وجد التصريح

والسباع) من البهائم (والطيور)
والمعلم وغيره سواء فى ذلك وذكر
فى الحواشى نقلا عن الشرح هذا
اذا كان قابلا للتعليم (والذمى
كالمسلم فى بيع غير الخمر والخنزير
ولوقال) رجل (بع عبدك من زيد
بألف) درهم (على انى ضامن لك
مائة سوى الالف فباع صح بألف
وأخذه من المشترى (وبطل
الضمان) ولا شئ على الضمين (وان
زاد) قوله (من الثمن) بأن قال سوى
الالف وباع (فالالف على زيد
والمائة على الضامن) خلافا لزفر
والشافعى (ووطء) زوج الامة
(المشتراة قبض لا عقده) حتى
لو اشترى أمة ولم يقبضها

بذلك

بذلك فى معراج الدراية للكاكى واستشكله يعنى الشيخ شاهين بقوله كيف تكون هالكة من مال البائع ويكون المهر للمشترى فهو مخالف لقولهم الغنم بالغرم انتهى (قوله حتى زوجها) دلت المسئلة على ان تزويجها قبل قبضها صحيح بخلاف البيع لانه يفسد بالغرر بخلاف النكاح وفى البيع قبل القبض احتمال الانفساخ بالهلاك قبله والنكاح لا ينفسخ به نهر ولانه يشترط فى البيع القدرة على التسليم بخلاف النكاح الاترى ان تزويج الآبق يجوز دون بيعه زيلعى (قوله فوطؤه ينوب الخ) لانه حصل بتسلطه فصار منسوبا اليه كانه فعله بنفسه زيلعى (قوله والقياس ان يصير المشترى قابضا) لانه تعييب حكمى الاترى انه لو وجد المشتراة مزوجة يردها بالعيب فصار كالتدبير والاعتاق وكالوطء وجه الاستحسان انه لم يتصل بها من المشترى فعل يوجب نقصا فى الذات وانما هو عيب على معنى ان رغبات الناس تقل فيها فصار كنقصان السعر بخلاف الوطء لانه فعل حسى اتصل بها وبخلاف الاعتاق والتدبير لان المالية قد تلفت به بثبوت حقيقة الحرية أو حقه ومن ضرورته ان يصير قابضا زيلعى (قوله ومن اشترى عبدا) أراد به المنقول اما العقار فلا يبيعه القاضى نهر عن النهاية ومافى الدرر من قوله اشترى شيئا صوابه اشترى عبدا شيخنا عن الوانى قال ويدل عليه قوله ببيع العبد الخ (قوله فغاب المشترى قبل القبض) اما بعده فلا يبيعه القاضى لان حقه غير متعلق بماليته بل بذمة المشترى وقيده فى جامع الفصولين بما اذا لم يخف عليه التلف فان خيف جازله البيع نهر (قوله فبرهن الخ) عبارة الدرر فبرهن البائع على بيعه وعدم قبض ثمنه ومثله فى الزيلعى والعينى قال فى الشرنبلالية وفيه شهادة على النفى وهى غير مقبولة ويمكن الجواب بأن هذه البينة ليست للقضاء بل لنفى التهمة وانكشاف الحال فبعد انكشافه عمل القاضى بموجب اقرار البائع ولهذا لا يحتاج الى خصم حاضر انتهى وأقول ماذكره من الجواب مصرح به فى كلام الزيلعى ثم رأيت العلامة الوانى ذكر مانصه فان قيل كيف يقبل البرهان بلا حضور خصم وحضور الخصم شرط فى قبوله قلنا قبول البرهان هنا لاستكشاف الحال أو لانه يدعى ثبوت ولاية النظر للقاضى فى هذا المال بسبب غيبة صاحبه والقاضى ناظر لكل من عجز عن النظر لنفسه والحاجة الى النظر ماسة لهما جميعا اما المشترى فلان العبد ملكه وهو محتاج الى النفقة وأما البائع فلانه يتخلص عن سقوط حقه فى الثمن اذا هلك المبيع فى يده فلهذا تقبل البينة كذا فى النهاية وأنت تعلم أن مقتضى هذين الجوابين منع شرطية حضور الخصم لاستماع البينة ولا يخفى مافيه ولو أجيب بأن القاضى ينصب خصما من جانب الغائب فيسمع البينة عليه لم يبعد انتهى بقليل تصرف (قوله لم يبع لدين البائع) لانه يتوصل الى حقه بالذهاب اليه زيلعى (قوله بيع لدينه) لا يقال هذا بيع قبل القبض وهو غير جائز لانا نقول من المشايخ من قال ان القاضى يوكل بقبضه ثم يبيعه وفيه نظر لما فيه من ابطال يد البائع قبل ايفاء الثمن والاوجه ان يقال أن البيع هنا ليس بمقصود وانما المقصود احياء حقه وفى ضمنه يصح بيعه لان الشئ قد يصح ضمنا وان لم يصح قصدا عينى (قوله ولو غاب الخ) قيد بغيبته لانه لو كان حاضرا لا يقبضه ويكون متبرعا بالاتفاق وباقى البيان فى الزيلعى (قوله احد المشتريين) قيد به لان أحد المستأجرين لو غاب قبل نقد الاجرة فنقد الحاضر جميعها كان متبرعا لانه غير مضطر اذ ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة ذكره التمرتاشى وينبغى ان يقال الا أن يشترط تعجيل الاجرة نهر (قوله حتى ينقد الخ) أى يؤدى وهو فى الاصل تمييز جيد الدراهم من رديئها ثم استعمل فى معنى الاداء وانى أفندى (قوله لم يأخذ الا نصيبه بطريق المهايأة) والخلاف فى مواضع أحدها فى قبض جميع المبيع على تقدير ايفاء الثمن كله والثانى فى حبس نصيب الغائب عنه اذا حضر والثالث فى الرجوع عليه اذا أدى والرابع فى اجبار البائع على قبول ما أداه الحاضر من نصيب الغائب والخامس فى اجبار البائع على تسليم نصيب الغائب اذا أوفاه الثمن كله عينى (قوله وكان متبرعا) لانه قضى دين الغائب بغير أمره فلا يرجع واذا لم يكن له الرجوع لم يكن له قبض حصته ولهما انه مضطر فى دفع حصة الغائب لانه لا يمكنه الانتفاع بملكه الا باداء الجميع

حتى زوجها فوطئها زوجها
فوطؤه ينوب عن قبض المشترى وان
لم يطأ فليس بقبض والقياس ان يصير
المشترى قابضا (ومن اشترى عبدا
فغاب) المشترى قبل القبض وقبل
نقد الثمن (فبرهن البائع) عند
القاضى (على بيعه) وطلب منه ان
يبيعه بدينه (وغيبته معروفة لم يبع
لدين البائع والا) اى وان لم تكن
غيبته معروفة يعنى لا يدرى مكانه
(بيع لدينه) واعطى الثمن ثم ان كان
الثمن الثانى اكثر من الاول يمسك
الفضل للمشترى حتى يحضر وان كان
انقص من الاول رجع البائع على
المشترى اذا ظفر به (ولو غاب) أى
لو كان المشترى اثنين وغاب (احد
المشتريين) قبل نقد الثمن والقبض
(الحاضر دفع كل الثمن وقبضه
وحبسه) اذا حضر (حتى ينقد
شريكه) من الثمن حصته وهذا
قولهما وقال ابو يوسف اذا نقد الحاضر
كل الثمن لم يأخذ الا نصيبه من العبد
وكان متبرعا فيما أدى عن صاحبه
فلا يرجع عليه هذا اذا كان الثمن
حالا اما لو كان مؤجلا فليس له دفعه

والمضطر يرجع وله حق الحبس نهر (قوله وان حل الاجل) لان البائع لا يملك الحبس (قوله بألف مثقال ذهب وفضة) قيد بالمثقال لانه لو قال بألف من الذهب والفضة أو بالف من الدراهم والدنانير كان عليه خمسمائة دينار بالمثاقيل وخمسمائة درهم فضة وزن سبعة درر لانه المتعارف فانصرف اليه قال العلامة أخى شلبى والمراد المتعارف أى بالنسبة الى كافة البلاد وهذا المعنى انما يتحقق فى وزن السبعة لا فى نقد البلد كما لا يخفى انتهى فما فى الشرنبلالية من قوله هذا باعتبار زمانهم فى المعاملة واما الآن فالفضة ليس فيها دراهم وزن سبعة الخ ساقط واعلم ان هذا الانقسام ثابت فى كل ما يقربه من المكيل والموزون والمعدود قرضا أو سلما أو غصبا أو وديعة أو مهرا أو وصية أو كفالة أو جعلا فى خلع ومنه ما لو قال له على كر حنطة وشعير وسمسم كان عليه الثلث من كل نهر (قوله فهما نصفان) لانه أضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد نصفه ويشترط بيان الصفة من الجودة وغيرها بخلاف ما لو قال بألف من الدراهم والدنانير حيث لا يشترط بيان الصفة وينصرف الى الجياد نهر (قوله وان قضى زيف) الزيف على وزن فلس بحر عن المصباح (قوله فهو قضاء) لان المقبوض من جنس حقه حتى لو تجوزبه فى الصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز لكونه استبدالا وهو حرام فى الصرف والسلم زيلعى والمراد بالتجوز التساهل يقال تجوز فى الصلاة ترخص فيها وتساهل ومنه تجوز فى أخذ الدراهم ولم يردها وقوله به كانه ضمنه معنى الرضا فعداه بالباء شيخنا عن عزمى زاده (قوله وقد تم استيفاؤه عندهما) اعلم ان قولهما هو القياس وقول أبى يوسف هو الاستحسان شيخنا عن الاتقانى (قوله وعند أبى يوسف يرد مثل زيوفه) وفى الستوقة والنبهرجة يرد مثلهما اتفاقا وفى الحقائق عن العيون ما قاله أبو يوسف حسن دفعا للضرر فاخترناه للفتوى وفى الجوهرة علم بها قبل الانفاق واخذ بدلها جيادا كان الجياد أمانة فى يده ما لم يرد الزيوف ولو كان له درهم فأعطاه درهمين وزنهما درهم جاز ويجبر على القبض ولو كان له دينار فأعطاه دينارين صغيرين وزنهما دينار لم يجبر نهر (قوله ويرجع عليه بالجياد) لان حقه فى الوصف مرعى ولا قيمة له فوجب المصير الى ما ذكرنا الزيف من جنس حقه ووجوب رد الزيف عليه ليأخذ الجيد ايجاب له عليه ولم يعهد فى الشرع مثله ويرد عليه ان مثل هذا فى الشرع كثير فان تكاليف جميع الشرع من هذا القبيل لانها ايجاب ضرر قليل لاجل نفع كثير كذا ذكره صدر الشريعة وقوله ايجاب له عليه اى ايجاب للدائن على نفسه فيكون من له الحق ومن عليه الحق واحدا وهو رب الدين نوح أفندى واعلم ان وجوب رد الزيوف مقيد بما اذا طلب الجياد من خصمه لا قبله حتى يقال انه يرد الزيوف باختياره لا بطريق الوجوب عليه وانى افندى وقوله ويرد عليه ان مثل هذا فى الشرع كثير نظر فيه العلامة اخى شلبى بانه قياس مع الفارق لان الضرر فى التكاليف الشرعية دنيوى كصرف المال فى طريق الحج ومشقة الصوم والقيام فى الصلاة مثلا وهى امور خفيفة بالنسبة الى ما يقابلها من النفع الاخروى كالخلود فى الجنان ومشاهدة جمال الرحمن فلا يجوز للعاقل ترك هذه المنافع العظيمة هربا من تلك المضرة القليلة بخلاف ما نحن فيه فان الضرر والنفع فيه دنيويان ويجوز للعاقل ترك النفع فيه بل التساهل فى امثال تلك المنافع الخسيسة عد من محاسن الاخلاق الكريمة انتهى وكذا يعقوب باشا تبع صاحب الدرر فى الاعتراض على صدر الشريعة الا ان العلامة الوانى انتصر لصدر الشريعة ونص ما ذكره فى الجواب عنه كما فى حاشية نوح أفندى وهم الشارح وبعض المحشين ان مراد صدر الشريعة من قوله لانها ايجاب ضرر قليل لاجل نفع كثير النفع الدنيوى فقط وليس كذلك بل مراده النفع الاخروى أيضا لان الحال فى التجارات والمعاملات واقامة الحدود والقصاص كذلك الخ (قوله او تكنس ظبى) فى المغرب كنس الظبى دخل فى الكناس من باب طلب وتكنس مثله ويروى تكسر وانكسر وفى المصباح الكناس بالكسر بيته وفى الفتح تكسر أى وقع فيها فتكسر ويحترز به عما لو كسره رجل فانه لذلك الرجل لا للآخذ ولا يختص بصاحب الارض نهر والمراد بتكسر الظبى انكسار رجله حموى عن صدر الشريعة (قوله فهو لمن اخذه)

قوله او جعلا فى خلع اراد به بدل الخلع اه منه

وان حل الاجل كذا فى المحيط (ومن باع امة بالف مثقال ذهب وفضة) ولم يعين (فهما نصفان) أى يجب من كل واحد منهما خمسمائة (وان قضى زيف) بدلا (عن جيد واتلف فهو قضاء) أى من له على آخر دراهم جياد وقضاها زيوفا وهو لا يعلمها فانفقها أو هلكت ثم علم فليس عليه شئ وقد تم استيفاؤه عندهما وعند أبى يوسف يرد القابض عليه مثل زيوفه ويرجع عليه بالجياد وان كان قائما له رده واسترداد الجياد اتفاقا وانما قيدنا بالعلم بعد اتلافه لانه لو علم ثم انفق كان رضى به فلا يرد مثله بعده بالاتفاق (وان افرخ طير او باض اوتكنس ظبى فى أرض رجل فهو) أى كل واحد منهما (لمن أخذه) لا لرب الارض

لانه مباح سبقت يده اليه نهر (قوله هذا اذا لم يهئ رب الارض الخ) وكان بعيدا من الصيد فان قرب منه بحيث يقدر على أخذه كان لصاحب الارض لانه صار آخذا له تقديرا لتمكنه من أخذه حقيقة كذا فى شرح الطحاوى والذخيرة والفتح وهو ظاهر فى ان غيره لو أخذه بان سبقت يده اليه لا يملكه وبه صرح فى المنتقى نهر (قوله فان هيأها لجميع ذلك الخ) لان الحكم لا يضاف الى السبب الصالح الا بالقصد الا ترى ان من نصب شبكة للجفاف فتعلق بها صيدا وحفر بئرا للماء فوقع صيد لا يملكه ولا يجب عليه الجزاء وان قصد به الاصطياد ملكه ووجب عليه الجزاء ان كان محرما وعلى هذا التفصيل لو دخل صيد داره او وقع ما نثر من الدراهم فى ثيابه زيلعى وأشار بقوله وعلى هذا التفصيل الى ما ذكره فى الدرر من انه اذا أعد الثوب لذلك فهو لصاحب الثوب وكذا اذا لم يعده لكن لما وقع فيه وكفه اى جمعه صار بهذا الفعل له انتهى بقى ان ما سبق من جعل الصيد لصاحب الارض وان لم يهيئها له اذا كان قريبا بحيث يقدر على اخذه لانه صار آخذا له تقديرا يقتضى ثبوت الملك له فيما نثر من الدراهم فى ثيابه سواء هيأ ثوبه لذلك أم لا مطلقا وان لم يكفه بناء على ما هو المتبادر من ان المراد بثوبه الذى وقع فيه شئ من الدراهم التى نثرت ثوبه الذى هو لابسه اللهم الا ان يحمل على ما اذا لم يكن لابسه بان كان وضعه وحينئذ يستقيم اشتراط ما اذا اعده لذلك أو كفه يعنى ولم يكن قريبا بحيث يقدر على اخذه (تتمة) اختلفوا فى كراهة نثر ما كتب عليه اسمه تعالى واعلم انه اذا دفع الدراهم الى غيره للنثر لم يحبس لنفسه شيئا وفى السكر له ذلك ولو حضر رجل لم يكن عند النثر اختلف فى جواز اخذه قهستانى (قوله فالعسل لرب الارض) لانه من انزاله حتى يملكه تبعا كالاشجار ولهذا وجب فيه العشر اذا أخذ من ارض العشر زيلعى وقوله من انزاله اى ريعه وذكر الضمير باعتبار المكان والانزال جمع نزل بضم النون وفتحها ومعناه الزيادة والفضل شيخنا عن نوح أفندى (قوله ما يبطل بالشرط الفاسد الخ) والاصل فيه ان كل ما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشرط الفاسد لما روى انه عليه السلام نهى عن بيع وشرط وما كان مبادلة مال بغير مال اوكان من التبرعات لا يبطل بالشروط الفاسدة لان الشروط الفاسدة من باب الربا وهو يختص بالمعاوضة المالية دون غيرها من المعاوضات يعنى الغير المالية والتبرعات لان الربا هو الفضل الخالى عن العوض وحقيقة الشروط الفاسدة زيادة ما لا يقتضيه العقد فيكون فيه فضل خال عن العوض وهو الربا ولا يتصور ذلك فى المعاوضات الغير المالية كالنكاح والطلاق على مال والخلع ونحو ذلك ولا فى التبرعات فيبطل الشرط واصل آخر وهو ان التعليق بالشرط المحض لا يجوز فى التمليكات واحترز زيلعى بالمحض عن نحو اذا الى غدا كذا على انك برئ من الفضل واما ما هو من باب الاسقاط المحض الذى يحلف به يجوز تعليقه مطلقا يعنى سواء كان الشرط ملائما او غير ملائم كالطلاق والعتاق وتقييد الزيلعى الاسقاط بكونه محضا للاحتراز عن الابراء وما هو من باب الاطلاقات والولايات كالمضاربة والوكالة حيث يجوز تعليقه بالشرط الملائم وكذا التحريضات قال عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه وامر عليه السلام زيد بن حارثة فى غزوة فقال ان قتل زيد فجعفر وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة فاذا عرف هذا فنقول البيع مبادلة مال بمال فيفسد بالشروط الفاسدة لما روينا ولا يجوز تعليقه بالشرط مطلقا ان كان الشرط بكلمة ان ويبطل البيع سواء كان الشرط نافعا او ضارا الا فى صورة واحدة وهو ان يقول بعت منك هذا ان رضى فلان فانه يجوز اذا وقته بثلاثة ايام لانه اشتراط الخيار للاجنبى وهو جائز قال فى النهر وهذا يفيد ان المتعلق انما هو لزوم البيع برضا فلان وفى جامع الفصولين لو قال بعت منك بكذا ان شئت فقال قبلت تم البيع انتهى قال شيخنا والظاهر ان المراد بالتمام اللزوم فكان سندا لقوله فى النهر وهذا يفيد ان المتعلق انما هو لزوم البيع الخ وان كان الشرط بكلمة على فان كان الشرط مما يقتضيه العقد او يلائمه او فيه أثر او جرى التعامل به كما اذا شرط تسليم المبيع او الثمن او التأجيل او الخيار لا يفسد ويجوز الشرط وكذا اذا اشترى النعل على ان يحذوها وان كان لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا العادة جرت به فان كان فى الشرط منفعة لاهل

هذا اذا لم يهئ رب الارض أرضه له فان هيأها له لجميع ذلك لرب الارض وانما خص الطير والظبى لانه اذا عسل النحل فى أرضه فالعسل لرب الارض وان لم يعدها لذلك (ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط) الفاسد

الاستحقاق فسد البيع والافلا وقد بيناه من قبل زيلعى (قوله البيع) فى اطلاق البطلان على البيع بشرط تسامح اذ هو من قبيل الفاسد لا الباطل كما سبق شرنبلالية (قوله والقسمة) لما فيها من معنى المبادلة فكانت كالبيع زيلعى (قوله على ان لاحدهما الصامت) وهو الذهب والفضة من المال حموى عن المصباح (قوله توى) كذهل شيخنا (قوله كانت القسمة فاسدة) وعلى الذى أخذ الصامت ان يرد على شريكه نصف ما أخذ وعلى شريكه ان يرد نصف ما أخذ أيضا من العروض وقاشات الحانوت والديون التى قبضها (قوله والاجارة) لان فيها تمليك المنفعة والاجر زيلعى (قوله على ان يردها مكروبة) اطلقه فى الكافى والصحيح انه ان اشترطه فى المدة فسدت والا بان قال اجرتك بكذا بان تكريها بعد المدة فتردها مكروبة لا تفسد لعدم مجامعة الشرط الاجارة لانتهاء مدتها قبل شرط كرابها وهو باطلاقه شامل لما لو قال اذا جاء رأس الشهر فقد اجرتك دارى هذه بكذ فانه لا يصح التعليق وبه قال الصفار وان جوزه فى العمادية وذكر ان الفتوى عليه وينبغى ان يستثنى من عدم صحة التعليق ما لو قال للغاصب فرغها والا فأجر كل شهر كذا فلم يفرغ وجب المسمى بحر ونهر (قوله بان قال اجزت البيع الخ) قال فى النهر وهذا يفيد ان ال عوض عن المضاف اليه ولهذا قال فى الدرر والبيع واجازته الا ان الظاهر عدم قصرها على ذلك بل كل ما لا يصح تعليقه بالشرط لا يصح تعليق اجازته فلو زوج بنته البالغة بلا رضاها فبلغها الخبر فقالت أجزت ان رضيت امى بطلت الاجازة اذ التعليق يبطل الاجازة اعتبارا بابتداء العقد لكن لو ابدل قوله فى النهر بلا رضاها بقوله بلا اذنها لكان اولى اذ المراد بعدم الرضا عدم الاذن بدليل قوله فبلغها الخبر (قوله والرجعة) لانها استدامة الملك فتعتبر بابتدائه فلا يجوز تعليقها بالشرط كما لا يجوز تعليق ابتداء الملك به وتصح مع الشرط الفاسد كما يصح النكاح معه وعلى هذا كان ينبغى ذكرها فيما لا يبطل بالشرط ولهذا اخطأ صاحب البحر المصنف ومن وافقه فى ذكر الرجعة فيما يبطل بالشرط استدلالا بما فى البدائع من انها تصح مع الاكراه والهزل واللعب والخطا فلو بطلت بالشرط الفاسد لما صحت مع الهزل واجاب فى النهر بانه حيث ذكر الثقات ان الرجعة مما يبطل بالشرط لم يبق الشان الا فى ذكر السبب الداعى للتفرقة بينها وبين النكاح وكانه لانها فارقته فى انها لا يشترط شهودها ولا يجب بها عوض مالى وله ان يراجع الامة على الحرة التى تزوجها بعد طلاقها وتبطل بالشرط الفاسد بخلاف النكاح انتهى لكن يقال لصاحب النهر انك فرقت بينهما بصورة المسئلة فلو قال فتبطل بالشرط الفاسد تفريعا على ما ذكره من الفرق لكان اولى شيخنا (قوله والصلح عن مال) لانه معاوضة مال بمال زيلعى وهذا يقتضى تخصيص المسألة بما اذا كان بيعا وقرر فى الصلح انه انما يكون اذا كان عن مال بمال على خلاف الجنس وان كان على جنسه فان كان اقل من المدعى به كان حطا وابراء وان بمثله كان قبضا واستيفاء وان باكثر منه كان ربا نهر (قوله والابراء عن الدين) لانه تمليك من وجه اسقاط من وجه فلا يصح تعليقه بصريح الشرط بخلاف ما اذا كان بمعناه فلو قال لمديونه ادغدا نصفه على انك برىء من الفضل ففعل برئ ولو قال ان او اذا او متى اديت لا يصح وفرق بانه فى الاول لم يعلق البراءة بصريح الشرط وانما اتى بالتقييد وفى الثانى بصريحه وهى لا تحتمل التعليق بالشرط ومن فروع المسئلة ما لو قال ان حلفت فانت برىء كان باطلا ويستثنى من ذلك ما اذا علقه بالموت لاخراجه مخرج الوصية حتى لو قال لمديونه ان مت فانت برىء من الدين جاز ويكون وصية حتى لو كان المديون وارثا توقف على اجازة الورثة بخلاف ما لو قال ان مت بفتح التاء لانه مخاطرة كقوله ان دخلت الدار فانت برىء لا يبرأ ولو قالت المريضة ان مت من مرضى هذا فانت فى حل من مهرى فماتت كان مهرها عليه خانية وينبغى ان يقال ان اجازت الورثة يصح لان المانع كونه وارثا وفى النهر عن القنية ابرأته مطلقته بشرط الامهار صح التعليق لانه متعارف وتعليق الابراء بشرط متعارف جائز فان هم ان يمهرها فماتت اولم تزوج نفسها منه لا يبرأ لفوات الامهار ويستثنى ايضا ما اذا علقه بامر كائن كقوله ان كانت الشمس طالعة فانت برىء من الدين لان التعليق به تنجيز وسيذكر

في

(البيع) بان باع أمة على ان يستخدمها البائع شهرا (والقسمة) بين الشريكين بان اقتسما على ان لاحدهما الصامت وللآخر العروض وقاشات الحانوت والديون على الناس على انه لو توى شىء من الديون يرد آخذ الصامت على شريكه نصفه كانت القسمة فاسدة كذا فى الفتاوى الخانية (والاجارة) كمن استأجر ارضا للزراعة على ان يردها مكروبة (والاجازة) بأن قال اجزت البيع اذا جاء رأس الشهر (والرجعة) بأن قال ان رضيت ضرتك فقد راجعتك (والصلح عن مال) بان كان لرجل الف درهم على آخر دينا فقال له ان قدم فلان فقد صالحتك عن الفى على هذا العبد (والابراء عن الدين) بأن قال ان جاء فلان فقد برئت من دعواى هذه

فى الكفالة انه يجوز تعليقه بالشرط الصريح الملائم (قوله وعزل الوكيل) علله الزيلعى بانه لا يحلف به ولا يجوز تعليقه وهذا احدى الروايتين وفى رواية السرخسى يجوز قال فى البحر وكونه مما يبطل بالشرط الفاسد خطأ وانه يجب ان يذكر فى القسم الثانى لانه انما يبطل به ما كان من باب التمليك والعزل ليس منه انتهى اقول وما مر من الاصل الثانى يؤيد ما قاله السرخسى نهر (قوله والاعتكاف) هذا ينافى ما مر من صحة تعليق المنذور منه بل فى الخانية ما يفيد الاجماع عليه واذا صح تعليقه لم يبطل بالشرط قال فى البحر وهذا هو الموضع الثالث مما اخطأ وافيه فى بيان ما لا يصح تعليقه والخطأ هنا اقبح من الاولين لكثرة الصرائح بصحة تعليقه قال فى النهر والحق ان كلامهم هنا محمول على رواية فى الاعتكاف وان كانت الاخرى هى التى عليها الاكثر واما ما اجاب به بعضهم وكانه العلامة المقدسى من ان ما هنا فى تعليق الاعتكاف لا فى تعليق النذر به فمردود لتصريحه فى النهاية بان تعليق ايجاب الاعتكاف بالشرط لا يصح نهر وحموى (قوله والمزارعة والمعاملة) لانهما اجارة فيكونان معاوضة مال بمال نهر (قوله بان شرط فيها على العامل الحصاد) لان الحصاد وما بعده عليهما لانتهاء عمل العامل كذا بخط شيخنا (قوله يفسد العقد) فى ظاهر الرواية هذا فى الشرط النافع لاحدهما ولو شرطا ما لا ينفع كما لو شرطا ان لا يسقى لاحدهما حصته لا تفسد نهر (قوله والاقرار) الاقرار والوقف ليسا مما يحلف به فلا يجوز تعليقهما بالشرط بخلاف ما اذا علق الاقرار بموته او بمجئ الوقت فانه يجوز ويحمل على انه فعل ذلك للاحتراز عن الجحود او دعوى الأجل فيلزمه للحال كما فى الزيلعى لصحة اقراره وظاهر اطلاق المصنف عم الطلاق والعتاق فلو قال ان دخلت الدار فانا مقر بطلاقها او بعتقه لم يصح نهر عن البحر واعلم ان الزيلعى حكى فى كتاب الاقرار عن النهاية ان الاقرار المعلق باطل وعن المحيط انه صحيح ويبطل الشرط ونقل عن المبسوط ما يشهد لما فى المحيط وهو مخالف لما هنا نهر (قوله والوقف) لانه ليس مما يحلف به كما سبق فلو قال ان قدم ولدى فدارى صدقة موقوفة على المساكين فقدم لا تصير وقفا لان شرطه ان يكون منجزا قال فى النهر وحكى فى البزازية وغيرها ان عدم صحة تعليقه رواية والظاهر ضعفها لجزم المصنف وغيره بها انتهى وقوله والظاهر ضعفها ليس هو من كلام البزازى بل من كلام صاحب النهر فالضمير فى ضعفها للحكاية أى ما حكاه البزازى شيخنا (قوله والتحكيم) لانه تولية صورة وصلح معنى اذ لا يصار اليه الا بتراضيهما لقطع الخصومة فبالاعتبار الاول يصح تعليقه وبالاعتبار الثانى لا يصح فلا يصح بالشك نهر (قوله فانه لا يصح) أى التحكيم حموى (قوله وما لا يبطل الخ) لما سبق من ان الشروط الفاسدة من باب الربا وانه يختص بالمبادلة المالية وهذه العقود ليست بمعاوضة فلا تؤثر فيها الشروط الفاسدة زيلعى (قوله القرض) فى البزازية وتعليق القرض حرام والشرط لا يلزم انتهى وهو محمول على ما لو علقه بشرط فيه منفعة للقرض لنهيه عليه السلام عن قرض جر نفعا والذى فى الخلاصة عن كفالة الاصل والقرض بالشرط حرام نهر (قوله صحت الهبة) طلقها او لم يطلقها كتب ابن المصنف بهامش نسخته ما نصه وفى الخلاصة المختار ان شرط العوض فى الهبة معتبر فاذا انعدم العوض انعدم الرضى والهبة لا تصح بدون الرضا انتهى وفيه نظر لان كلام الخلاصة مفروض فيما يصلح عوضا كالنقود والعروض واما عدم الطلاق فلا يصلح عوضا فلا يكون شرطه معتبرا حموى (قوله قال ابو حنيفة الخ) فى بعض النسخ وقال ابو حنيفة والصواب الاول وعلى كل فليس فى المسئلة خلاف حموى واجاب شيخنا بانه انما خصه بالذكر لانه المستخرج المتبع (قوله بشرط ان يكون الولد الصغير لها) كذا فى اكثر النسخ وفى بعضها ان لا يكون وهو الصواب حموى هذا ان اريد بالصغير ما لم يبلغ حد الاستغناء بان كان دون سبع ويحتمل ان يراد به ما لم يبلغ درجة البلوغ فيشمل ما بعد انقضاء مدة الحضانة وعليه يحمل كلامه فلا تصويب حينئذ (قوله على ان لا يكون الولاء بيننا) فى بعض النسخ على ان يكون والظاهر الاول حموى (قوله وقبل العبد) ليس القبول شرطا حموى (قوله بان قال لآخر لك مائة الخ) كانه من باب القلب وكانه قال جعلتك وصيا على ان يكون لك مائة درهم

(والاعتكاف) بأن قال ان قدم فلان فلله على ان اعتكف رجبا (والمزارعة) بأن شرط فيها على العامل الحصاد والدياس والتذرية يفسد العقد فى ظاهر الرواية (والمعاملة) بان دفع الى رجل نخله معاملة سنين معلومة على ان يقوم عليه ويسقيه فما أخرج الله تعالى من الثمر فهو بينهما نصفان وعلى ان لرب الارض على العامل مائة درهم (والاقرار) بأن قال لفلان على الف درهم ان امطرت السماء او هبت الريح (والوقف) صورة فساد الوقف بالشرط ان يقول وقفت دارى على كذا ان شاء الله تعالى فلا يصح الوقف وهو المختار (والتحكيم) كرجلين قالا لآخر ان قدم فلان فاحكم بيننا فى هذه الحادثة فانه لا يصح عند ابى يوسف وعليه الفتوى (وما لا يبطل بالشرط الفاسد القرض) بأن يقرض على ان يكتب الى صديقه بكذا كذا حتى يوفيه دينه (والهبة) كامرأة وهبت مهرها من زوجها على ان لا يطلقها وقبل الزوج صحت الهبة طلقها أو لم يطلقها (والصدقة) كما اذا تصدق على رجل بدراهم على ان يرد عليه شيئا منها فالصدقة جائزة والشرط باطل (والنكاح) بأن تزوج امرأة على ان ينفق عليها فى كل شهر مائة دينار وقال أبو حنيفة النكاح جائز ولها نفقة مثلها (والطلاق) بأن قال طلقتك على ان لا تتزوجى بآخر بعد العدة وقبلت طلقت تزوجت أولا وبطل الشرط (والخلع) بأن اختلعت من زوجها بشرط أن لا يكون الولد الصغير لها صح الخلع دون الشرط (والعتق) بان قال اعتقتك على ان لا يكون الولاء بيننا وقبل العبد عتق وبطل الشرط (والرهن) بان رهن عند انسان شيئا فقال المرتهن للراهن آخذه على انه ان ضاع ضاع بغير شىء فقال نعم الرهن جائز والشرط باطل (والايصاء) بان قال لآخر لك مائة درهم

(وعزل الوكيل) بان قال ان قدم فلان فقد عزلتك عن الوكالة

ومعنى بطلان الشرط مع قوله والمائة وصية انها لا تكون للايصاء فيبطل جعلها نه وتبقى وصية ان قبلها كانت له والافلا والاولى ماصوره العيني اوصيت الك على ان تتزوج بنتي اذ الكلام في الشرط الفاسد الذي لا يفسد العقد وماهنا صحيح بحرونهر (قوله بان أوصى بثلث ماله الخ) قال شيخنا فيه نظر اذ هذا مثال تعليقها بالشرط وليس الكلام فيه والمناسب ان يقول اوصيت لك بثلث مالي بشرط ان تزوج ابني بابنتك كما في البحر والنهر (قوله تستحق الثلث) وان تزوجت بدليل قوله و بطل الشرط ولان الوصية ممالا يبطل بالشرط ولهذا ذكرها المصنف في القسم الثاني اعني مالا يبطل بالشرط وعلى هذا ما في فتاوى قاضي خان لو اوصى بثلث ماله لام ولده ان لم تتزوج فقبلت ذلك ثم تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان فانها تستحق الثلث بحكم الوصية انتهى مستقيم لاغبار عليه وقوله بعد انقضاء عدتها بزمان لبيان الواقع لامفهوم له حتى لو تزوجت عقب انقضاء عدتها فالحكم لا يختلف وحينئذ فما في البحر حيث استشكل استحقاقها للثلث بان الشرط لم يوجد ثم اجاب باحتمال ان يكون المراد بالشرط عدم تزوجها عقب انقضاء العدة لا عدمه الى الموت اخذا من قوله بزمان انتهى ساقط والعجب من بعضهم حيث قلد صاحب البحر في استشكاله استحقاقها للثلث بحكم الوصية وان تزوجت بان الشرط لم يوجد ولم يتنبه لما بين يديه من قول الشارح و بطل الشرط (قوله بان تفاوت المال في شركة العنان) لا ينبغي قصر التصوير على العنان بل ينبغي الاطلاق كما في الشروح حموي (قوله الوضيعة فاسدة) أي شرط كون الوضيعة نصفين فاسد لانها يتبع رأس المال في التفاوت (قوله والمضاربة) ولو شرط من الربح عشرة دراهم فسدت لامن حيث انها تبطل بالشرط الفاسد اذ هي لا تبطل به بل لقطع الشركة (قوله بان شرط الوضيعة على المضارب) ومافي العيني من قوله بان قال ضاربتك في الف على النصف ان شاء فلان او ان قدم تعقبه في البحر بانه مثال لتعليقها بالشرط (قوله والقضاء) كما اذا ولاه الخليفة بلدة كذا على ان لا يعزل ابدا أو ولاه مؤبدا كان له عزله ولو بلا جنحة نهر (قوله والامارة) كما لو قال وليتك امارة بلدة كذا على ان لا تركب قال في البزازية ولو شرط عليه ان لا يرتشي اولا يشرب الخمر صح التقليد والشرط وان فعل شيئا من ذلك انعزل نهر (قوله اذا قدم فلان فأنت قاض) فيه ان هذا تعليق لا شرط فاسد والكلام في الشرط الفاسد حموي (قوله ان استحق المبيع) فيه ان هذا تعليق وليس الكلام فيه وقوله صح الشرط صوابه صح التعليق حموي (قوله والحوالة) في النهر عن البزازية ومن صور فساد الحوالة ما اذا شرط ان يعطى المحتال من ثمن دار المحيل لانه لا يقدر على الوفاء بما التزم بخلاف ما لو التزم الاعطاء من ثمن دار نفسه لانه قادر على بيع دار نفسه ولا يجبر على بيع داره كما اذا كان قبولها بشرط الاعطاء عند الحصاد ولا يجبر على القضاء قبل الاجل اه قال وهذه ترد على اطلاق المصنف وجوابه ان هذا من المحتال وعدو ليس الكلام فيه (قوله والوكالة) بان قال وكلتك على ان تبرئني مما لك على نهر (قوله بان قال ان هبت الريح الخ) فيه ان هذا تعليق وليس الكلام فيه حموي (قوله يصير وكيلا في الحال) لكون هذا تعليقا بشرط غير ملائم فكان فاسدا وصار وكيلا للحال شيخنا (قوله بشرط ان لا يخرج من الكوفة الا باذنه) أو على ان لا يعامل فلانا او على ان يعمل في نوع من التجارة فتصح و يبطل الشرط لانه غير داخل في صلب العقد فان كان داخلا فسدت كالكتابة على خمر نهر عن الزيلعي (قوله صح اقراره) كذا في كثير من النسخ وصوابه صح اذنه حموي (قوله ان كانت الجارية الخ) فيه ان هذا تعليق وليس الكلام فيه حموي (قوله فهو منه) أي الولد المنفصل شيخنا فأشار الى انه لا يصح جعل الضمير للحمل وان كان كلامه يوهم ذلك لانه يمنع منه قوله سواء كانت حاملا اولا (قوله بان قال ان قدم فلان الخ) فيه ان هذا ومابعده تعليق وليس الكلام فيه حموي (قوله بان صالح الامام) بنصب الامام وحذف الفاعل للعلم به أي صالح عاقد الذمة الامام الخ شيخنا (قوله لا يصح الشرط) يعني او يأخذ منهما (قوله وفي الخلاصة الخ) فيه ان هذا ومابعده تعليق وليس الكلام فيه حموي (قوله ان لم ارد هذا الثوب الخ) الذي في النهر عن الخلاصة ان لم ارد عليك الثوب المعيب اليوم فقد رضيت بالعيب

على ان تكون وصيا فالشرط باطل والمائة وصية له وهو وصي كذا في المحيط (والوصية) بان أوصى بثلث ماله لام ولده ان لم تتزوج فقبلت فانها تستحق الثلث و بطل الشرط (والشركة) بان تفاوت المال في شركة العنان وشرط الربح والوضيعة نصفين قالوا الوضيعة فاسدة والشركة صحيحة كذا في المحيط (والمضاربة) بان شرط الوضيعة على المضارب صحت المضاربة و بطل الشرط وتكون الوضيعة على رب المال (والقضاء والامارة) وفي الصغرى قال اذا قدم فلان فأنت قاض أو امير هذه البلدة جاز وهذا متفق عليه (والكفالة) بان قال ان استحق المبيع فأنا كفيل عن البائع بالثمن صح الشرط والكفالة كذا في المحيط (والحوالة) بان احال رجل رجلا على غريمه بألف درهم فقال الغريم للمحيل قبلت الحوالة على ان تقرضني الفا أخرى صحت الحوالة وفي بالشرط أولا (والوكالة) بأن قال ان هبت الريح فأنت وكيلي في كذا يصير وكيلا في الحال (والاقالة) بان اشترى رجل من آخر عبدا بألف درهم وتقابضا ثم قال البائع اقلني حتى أؤخر لك الثمن سنة فقال اقلت جازت الاقالة دون التأخير (والكتابة) بان كاتب بشرط ان لا يخرج من الكوفة الا باذنه فالكتابة جائزة والشرط باطل وله ان يخرج (واذن العبد في التجارة) بان قال لاهل سوق اذنت لهذا العبد في التجارة بشرطان يعلمني صح اقراره (ودعوة الولد) بان قال ان كانت الجارية حاملا فهو مني فهو منه مطلقا سواء كانت حاملا أولا (والصلح عن دم العمد) بان قال ان قدم فلان فقد صالحتك عن دم مورثي على كذا صح الصلح (و) عن (الجراحة) التي فيها القصاص كالموضحة بأن قال ان قدم فلان فقد صالحتك عن الموضحة على كذا حالا او مؤجلا صح الصلح (وعقد الذمة) بان صالح الامام على مال معلوم على ان يأخذ ذلك من الرؤس أو من الاراضي خاصة لا يصح الشرط (وتعليق الرد بالعيب و) ب(خيار الشرط) وفي الخلاصة اذا قال ان لم ارد هذا الثوب المعيب اليوم عليك فقد رضيت فالشرط بالرد بالعيب باطل وله

فله الرد بعد اليوم انتهى ومنه يعلم مافي كلام الشارح حيث قال فالشرط بالرد بالعيب باطل وكان الظاهر ان يقول فتعليق الرضا بالعيب على عدم رده اليوم باطل (قوله وله الرد به) أي له الرد بالعيب ولو بعد مضي اليوم (قوله بان كتب الخليفة الخ) فيه ان هذا تعليق وليس الكلام فيه حموي (تتمة) بقي مما لا يبطل بالشرط الفاسد الصلح عن جناية الغصب والوديعة والعارية اذا ضمنها رجل وشرط فيها حوالة اوكفالة كذا في النهاية زاد في الخلاصة الحجر على المأذون وتسليم الشفعة والنسب واعلم انه بقي ما يجوز تعليقه وهو مختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق والالتزامات كالحج والصلاة والتوليات كالقضاء والامارة زيلعي قال في البحر وقد فاته الاذن في التجارة فانه يصح تعليقه بالشرط كما في الخانية والهبة فانه يصح تعليقها بملائم أيضا كما في قوله وهبتك على ان تقرضني كذا في جامع الفصولين وكذا الكفالة فانه يصح تعليقها بملائم ايضا كما مر وفي البزازية تعليق تسليم الشفعة بالشرط جائز نحو ان كنت اشتريت سلمت فان اشترى غيره فهو على شفعته والاسلام فانه يصح تعليقه بالشرط كما في فتاوى قارى الهداية نهر لكن في الدرر حرر المصنف دخول الاسلام في القسم الاول لانه من الاقرار ودخول الكفر هنا لانه ترك انتهى وقد ذكر المصنف في آخر الاجارة ما يجوز اضافته وهو اربعة عشر موضعا ومالا يجوز ومافي الدرر من قوله ان الوقف يجوز تعليقه الى ما بعد الموت قال شيخنا لو قال يجوز اضافته الخ لكان اصوب اذ الكلام في الاضافة لا في التعليق والله اعلم

(كتاب الصرف)

كان المناسب ان يعنون بالباب كما في الدرر لكون الصرف من انواع البيوع حموي (قوله الرابعة) صوابه الرابع وكذا قوله أخرها صوابه أخره حموي وهذا على ما وقع له في نسخته واما نسخة شيخنا فعلى الصواب (قوله هو النقل والردلغة) قال تعالى ثم انصرفوا صرف الله قلوبهم وله تفسير آخر لغة هو الفضل قاله الخليل ومنه سمى التطوع من العبادات صرفا لانه زيادة على الفرائض قال عليه الصلاة والسلام من انتمى الى غير ابيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا أي نفلا ولا فرضا وسمى هذا البيع به لانه لا ينتفع بعينه ولا يطلب منه الا الزيادة تبين وفي بيع الجنس بجنسه بلون المراد من الزيادة جودة احد النقدين كذا بخط شيخنا (قوله هو بيع بعض الاثمان) اى بيع ما من جنس الاثمان بعضها ببعض وانما فسرناه به ولم نبقه على ظاهره ليدخل فيه بيع المصوغ بالمصوغ او بالنقد فان المصوغ بسبب ما اتصل به من الصنعة لم يبق ثمنا صريحا ولهذا يتعين في العقد نهر تبعا للبحر قال الحموي ولو قيل المراد بالثمن ما خلق للثمنية لم يحتج الى تقدير هذا المضاف انتهى واعلم ان ركنه الايجاب والقبول او التعاطي وشرطه التقابض قبل الافتراق ولهذا لم يصح فيه اجل ولا خيار شرط لان خيار الشرط يمنع ثبوت الملك أو تمامه وذلك يخل بالقبض فان اسقط الاجل والخيار في المجلس صح ويدخله خيار العيب ولا يتصور فيه خيار رؤية كسائر الديون لان العقد ينعقد على مثلهما لا عينهما بخلاف الاواني والحلي نهر بتصرف ويوضحه ما في البحر حيث قال واما خيار العيب فثابت فيه واما خيار الرؤية فثابت في العين دون الدين الخ والمراد من الدين النقد ومن العين المصوغ من الاواني والحلي ومحصل ما استفيد من البحر والنهر ان خيار العيب وخيار الرؤية يدخلان في المصوغ بخلاف النقد فانه يدخله خيار العيب فقط ومن هنا يعلم ما في عبارة الدر حيث قال وصح خيار رؤية وعيب في مصوغ لا نقد ثم ظهر ان معنى قوله لا نقد أى فانهما لا يدخلان فيه معا بل يدخله خيار العيب فقط واذ قد عرفت ما في المسئلة من التفصيل ظهر لك ما في عبارة ابن ملك والقهستاني من المؤاخذة حيث اطلقا في محل التقييد ثم رأيت في الشرنبلالية ما نصه خيار الرؤية لا يثبت الا في العين أى فيما يتعين كالتبر والحلي لانه ينفسخ العقد بالرد كما في المحيط لا في الدين لانه لا فائدة في رده بالخيار

وله الرد به واذا اشترى وشرط الخيار لنفسه ثلاثة ايام فقال ان لم ارد المبيع اليوم عليك فقد رضيت فهو باطل ويبقى خيار الشرط (وعزل القاضي) اذا بان كتب الخليفة الى القاضي وانت معزول ووصل كتابي اليك وانت معزول وقال ظهير الدين فوصل بصير معزولا وقال ظهير الدين المرغيناني نحن لا نفتى بصحة تعليق العزل وهكذا كان يفتى عمي وغيره

(كتاب الصرف) البيع بالنظر الى المبيع أربعة أنواع بيع العين بالعين والعين بالدين والدين بالعين والدين بالدين فلما بين الثلاثة الاول شرع في بيان الرابعة وانما أخرها لان بيع الدين بالدين اضعف البياعات حتى شرط قبض العوضين في المجلس والمناسبة الخاصة بينه وبين السلم ان رأس المال اذا كان دراهم أو دنانير يكون بيع دين بدين فتناسبا وانما سمى به لحاجة النقل و بدا به من يد الى يد والصرف هو النقل والردلغة وفي الشرع (هو بيع بعض الاثمان ببعض) بان باع الذهب بالذهب او الفضة بالفضة أو احدهما بالآخر (فلو تجانسا) كالذهب بالذهب

(شرط التماثل) فى القدر (والتقابض) فى مجلس العقد (وان اختلفا جودة وصياغة والا) أى وان لم يتجانسا بأن باع ذهبا بفضة (شرط التقابض) دون التماثل (فلو باع الذهب بالفضة مجازفة صح) البيع (ان تقابضا) البدلين فى (المجلس) ولا نعنى به موضع جلوسهما بل المعتبر وجود القبض قبل ان يفترقا بالابدان حتى لو قاما ومشيا فرسخا أو ناما فى المجلس اواغمى عليهما ثم تقابضا قبل الافتراق صح العقد وكذا المعتبر ماذكرنا فى قبض رأس مال السلم بخلاف خيار المخيرة حيث يبطل بمجرد قيامها (ولا يصح التصرف فى ثمن الصرف قبل قبضه) أى قبل قبض ثمن الصرف (فلو باع دينارا بدراهم) ولم يقبضها (واشترى بها ثوبا) فى هذا المجلس (فسد بيع الثوب) فقط وعن زفر انه يجوز (ولو باع أمة مع طوق) ذهب أو فضة فى عنقها

اذا العقد لا ينفسخ برده وانما يرجع بمثله ويجوز ان يكون المقبوض مثل المردود اودونه فلا يفيد الرد كذا فى العناية انتهى (قوله شرط التماثل) نبه به على انه لو زاد احدهما قبل الافتراق اوحط شيئا من الجنس فسد عند الامام وقال ابو يوسف لا يفسد وهما باطلان ووافقه محمد فى الزيادة وجوز الحط كالهبة المستقلة ومبنى الخلاف على ان الشرط الفاسد يلتحق باصل العقد عنده خلافا لهما واجمعوا ان الزيادة والحط لو كانا من غير الجنس لم يفسد ويشترط فى لزوم الزيادة قبضها قبل الافتراق ولو استحق احد بدلى الصرف بعد الافتراق فان اجاز المستحق والبدل قائم اوضمن العاقد وهو هالك جاز وان استرده وهو قائم اوضمن القابض وهو هالك بطل نهر (قوله فى القدر) أى وزنا نهر وفى الكفاية العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحته حتى لو تبايعا ذهبا بذهب مجازفة وافترقا بعد التقابض ثم علما بالوزن انهما كانا متساويين لا يجوز عندنا خلافا لزفر ابن ملك واستفيد من قوله ثم علما بالوزن الخ انهما لو علما ذلك قبل الافتراق جاز (قوله والتقابض) باليد لا بالتخلية شلبى عن فوائد القدورى قيل هو شرط الصحة فينبغى ان يشترط القبض مقرونا بالعقد الا ان حالهما قبل الافتراق جعلت كحالة العقد تيسيرا فاذا وجد القبض فيه يجعل كانه وجد حالة العقد فيصح وقيل هو شرط البقاء على الصحة فلا يحتاج الى هذا التقدير زيلعى قال فى النهر وفائدة الخلاف تظهر فيما اذا ظهر الفساد فيما هو صرف يفسد فيما ليس صرفا عند الامام ولا يفسد على القول الاصح كذا فى الفتح انتهى فعلى هذا لو اشترى الامة مع الطوق او السيف المحلى ولم ينقد شيئا من الثمن حتى افترقا فعند الامام يتعدى الفساد الى الامة والى النصل وعندهما يقتصر على الطوق والحلية وهو الاصح (قوله وان اختلفا جودة وصياغة) قيد اسقاط الصفة بالاثمان لانه لو باع اناء نحاس بمثله وأحدهما أثقل من الآخر جاز مع ان النحاس وغيره مما يوزن من الاموال الربوية أيضا لان صفة الوزن فى النقدين منصوص عليها فلا تتغير أى النقود بالصنعة ولا تخرج عن كونها موزونا بتعارف جعلها عدديا لو تعورف ذلك بخلاف غيرها فان الوزن فيه بالعرف فيخرج عن كونه موزونا بتعارف عدديته اذا صيغ وصنع نهر (قوله ولا يعنى به موضع جلوسهما الا فى مسئلة) وهى ما اذا قال الاب اشهدوا انى اشتريت الدينار من ابنى الصغير بعشرة دراهم ثم قام قبل أن يزن العشرة فهو باطل كذا روى عن محمد لان الاب هو العاقد فلا يمكن اعتبار التفرق بالابدان فيعتبر المجلس بحر عن البدائع (قوله قبل أن يتفرقا) أى المتعاقدان قيد بالنقدين لانه لو باع أحدهما بفلوس شرط قبض أحد البدلين ولو غصب قلبا من أحد النقدين ثم استهلكه فعليه قيمته مصوغا من خلاف جنسه فان تفرقا قبل قبض القيمة جاز عندنا خلافا لزفر لانه صرف وعندنا هو صرف حكما للضمان لا مقصودا فلا يشترط القبض ولو اشترى المودع الوديعة بخلاف جنسها وتفرقا قبل ان يجدد المودع قبضا فى الوديعة بطل الصرف بخلاف المغصوبة لان قبض الغصب ينوب عن قبض الشراء بخلاف الوديعة نهر والقلب السوار عناية (قوله حيث يبطل بمجرد قيامها) لانه دليل الاعراض (قوله ولا يصح التصرف الخ) فلا يجوز الابراء عن بدل الصرف ولا هبته ولا التصدق به فلو فعل لم يصح بدون قبول الآخر فان قبل انتقض الصرف والا لم يصح ولم ينتقض لانه فى معنى الفسخ فلا يصح الا بتراضيهما فلو أبى الواهب ان يأخذ ما وهب اجبر على القبض بحر (قوله فسد بيع الثوب فقط) لان فى تجويزه فوات القبض المستحق بالعقد وما فى العينى من قوله لان فى تجويزه فساد القبض الخ غير مناسب والمناسب ابداله بفوات كما فى الزيلعى وغيره كالنهر واشار بقوله فقط الى ان الصرف على حاله كما فى الشرنبلالية عن المحيط وأورد ان فساد الصرف حق الله تعالى وصحة بيع الثوب حق العبد وهو مقدم لحاجته واجيب بأن ذلك بعد ثبوت الحقين وحق العبد لم يثبت لانه يفوت به حق الله تعالى بعد تحققه فيمتنع لا أنه يرتفع (قوله وعن زفر انه يجوز) اذ النقود لا تتعين بالتعيين دينا كانت أو عينا الا ترى انه لو أسلم دينا عن المسلم اليه جاز السلم حتى اذا اسلم اليه رب السلم قدر الدين قبل الافتراق تم السلم ولو تعين لما صح قلنا هو

كذلك

(قيمة كل الف) أى قيمة كل واحد الف (بالفين ونقد من الثمن ألفا) فى المجلس (فهو) أى الالف المقبوضة (ثمن الطوق وان اشتراها) أى هذه الامة (بالفين الف نقد والف نسيئة فالنقد ثمن الطوق) وانما قال بالف نقد والف نسيئة لانه لو اشتراها بالفين نسيئة فسد البيع فى الكل عند أبى حنيفة وعندهما فى الطوق خاصة (وان باع سيفا) محلى (حليته خمسون) درهما (بمائة) درهم (ونقد) من الثمن (خمسين

كذلك لا يتعين لكن المانع اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد لان تعيين الدين يكون اشتراطا على من عليه الدين كما اذا اشترى شيئا على ان يكون الثمن على غيره الا ترى انه لو كان له دين على شخص فاشترى به شيئا من غير من عليه الدين لا يجوز أو نقول الثمن فى باب الصرف مبيع وبيع المبيع قبل قبضه لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا أن يكون متعينا كما فى المسلم فيه وخلاف زفر فيما لم يتعين بالتعيين واما اذا كان يتعين بالتعيين كالمصوغ والتبر فانه لا يجوز بالاتفاق لانه يكون بيع المبيع قبل القبض وهو لا يجوز زيلعى ونهر واعلم ان ما سبق من الوجه الثانى لفساد بيع الثوب من ان ثمن الصرف مبيع الخ يقتضى الفساد مطلقا سواء اشترى الثوب ممن عقد معه الصرف أو من غيره وبه صرح شيخنا (تتمة) المراد بالعين فيما سبق من التعليل لزفر بان النقود لا تتعين بالتعيين دينا كانت أو عينا ما لم يكن فى الذمة وبالدين ما يخالفه وهو الكائن فى الذمة وتارة يراد بالدين ما لا يتعين بالتعيين وهو النقد وبالعين المصوغ لانه يتعين بالتعيين كما سبق (قوله قيمة كل ألف) قال الزيلعى فيه تسامح فانه لا يعتبر فى الطوق القيمة بل القدر عند المقابلة بجنسه وكذا لا حاجة الى بيان قيمة الجارية لان قدر الطوق صار مقابلا بالطوق والباقى بالجارية قلت قيمتها أو كثرت قلت بين ذلك لاحد شيئين اما البيان انقسام الثمن على المثمن أو للاشارة الى أن الثمن من خلاف جنس الطوق بأن كان الطوق فضة والثمن ذهبا أو بالعكس عينى ومقتضى قوله قلت الخ ان الجواب له وليس كذلك بل هو للزيلعى أيضا بقى ان يقال كون قيمتها مع مقدار الطوق متساويين ليس بشرط بل الشرط ان يزيد الثمن على النقد المضموم اليه حيث كان من جنسه فلو قال مع طوق زنته ألف بألف ومائة لكان اولى لكن قال فى الفتح وفى جعل الطوق ألف مثقال افراط فى التصوير لانه عشرة ارطال مصرية ووضع هذا المقدار فى العنق نوع تعذيب نهر (قوله فهو ثمن الطوق) لكونه صرفا فيشترط قبضه قبل الافتراق (قوله ألف نقد الخ) بالجر على الابدال من الفين (قوله لانه لو اشتراها) أى مع الطوق شيخنا (قوله فسد البيع فى الكل) لان الفساد مقارن فيتعدى الى الجميع كما لو جمع بين حر وعبد فى البيع بخلاف الفساد كما فى المسئلة الاولى فانه طارئ فلا يتعدى الى غيره زيلعى والمسئلة الاولى هى ما لو كان ثمنها حالا وافترقا عن غير قبض حصة الطوق حيث يفسد فى الصرف دون الجارية لكون الفساد فيها طارئا لا مقارنا (قوله وعندهما فى الطوق خاصة) لان القبض ليس بشرط فى حصة الجارية فيتقدر الفساد بقدر المفسد وللامام ما سبق من الفرق قال فى الدرر ولو نقد الفا يعنى فى المسئلة السابقة فهو ثمن الطوق الخ ونظر فيه فى الشرنبلالية بما محصله ان المسئلة السابقة اشترط فيها شراؤهما بألفين نسيئة فصار العقد فاسدا من الاصل فلا يحكم بصحته لو نقد الفا بعده الخ واقول فيه نظر لانه اذا نقد حصة الصرف قبل الافتراق يعود العقد الى الجواز لزوال المفسد قبل تقرره ثم رأيت الموافقة للمرحوم الشيخ عبد الحى ورد ما اعترض به شيخه الشرنبلالى وعزمى أيضا وبهذا التقرير تعلم ما وقع لنوح افندى حيث قال وان اشتراها مع الطوق بألفى درهم مجملا غير مقيد بالنسيئة الخ اذ قوله غير مقيد بالنسيئة يقتضى انه مع التقييد بالنسيئة لا ينقلب العقد جائزا اذا نقد حصة الطوق قبل الافتراق وليس كذلك وكانه سرى عليه ذلك من متابعة عزمى والعجب كيف توهم هؤلاء الافاضل تقرر الفساد وعدم عود العقد الى الجواز بنقد حصة الطوق قبل الافتراق فيما اذا قيد بالنسيئة وقت شرائهما مع ما هو مصرح به فى الكتاب الذى هو بين ايديهم كغيره حيث قال اذا اسقط الاجل فى المجلس صح الصرف معللا بارتفاع المفسد قبل تقرره (قوله وان باع سيفا حليته الخ) ان قلت هذه المسئلة تعكر على ما سبق فى الفصل من كتاب البيوع من انه اذا اشترى دارا مركبا على بابها كيلون من فضة لا يشترط ان ينقد من الثمن ما يقابله قبل الافتراق قلت لا نسلم للفرق بين المسئلتين وهو ان الحلية من مسمى المبيع بدليل ما سيأتى عن الدرر من ان السيف اسم للحلية أيضا بخلاف الكيلون ومحصل الفرق ان دخول الكيلون فى البيع على وجه التبعية لانه لم يكن من مسمى المبيع فلا يقابله شئ من الثمن بخلاف الحلية

وقدمنا ان العلم فى الشاش ونحوه كالـكيلون وقد غلط فى ذلك بعض أهل العصر فاعتبره بالمزركش وهو قياس مع الفارق اذ مافى المزركش من القصب ونحوه كالمخيش من مسمى المبيع كالديباج فكان مقصودا اصليا بحيث ان الغرض المقصود لايبقى بدونه بل يفوت بفواته ولا كذلك الشاش فان الانتفاع به حاصل ولو بعدما ازيل العلم فلم يكن العلم فى الشاش ونحوه مقصودا اصالة بل هو تابع كما يستفاد هذا المعنى من التسمية اذ هو مشتق من العلامة ولو كان مقصودا اصالة لحرم لبسه كما لايخفى واعلم ان ماذكره فى الدر المختار حيث علل ماذكره من ان السيف اسم للحلية أيضا بقوله لدخولها فى بيعه تبعا لايظهر له وجه صحة اذ ما دخل فى البيع تبعا لايقابله شئ من الثمن كما قدمنا التصريح به فى الفصل من كتاب البيوع فالصواب حذفه لكونه مخالفا الصريح كلامهم فيما سبق وفيما هنا أيضا اذ مامر جوابه هنا من انه يشترط نقد ماقابل الحلية من الثمن قبل الافتراق قاض بأنها انما دخلت فى البيع قصدا لاتبعا (قوله فهو أى المقبوض حصتها) أى الحلية لكونه صرفا كما سبق وكان الحامل له على ذكر مسئلة السيف مع الحلية مع انه يستغنى عنها بمسئلة الامة مع الطوق التوطئة لما سيأتى من قوله ولو افترقا بلا قبض صح فى السيف دونها ان تخلص بلاضرر فلا تكرار حينئذ ومن هنا تعلم مافى عبارة الدر من الخلل وقد حاول المرحوم الشيخ شاهين تصحيح عبارته فذكر ان قوله ان تخلص بلاضرر لاتعلق له بنقد الخمسين بل هو جواب شرط محذوف تقديره وان تفرقا بلا قبض صح فى السيف ان تخلص بلاضرر والابطل فيهما قال شيخنا وماقاله شيخنا يعنى الشيخ شاهين جواب عن اعتراض عزمى زاده عليه واعلم ان صاحب الدرر وقع فيما وقع من متابعة الوقاية ونصها باع سيفا حليته خمسون وتخلص بلاضرر بمائة ونقد خمسين فما نقد ثمن الفضة الخ فقوله وتخلص بلاضرر يوهم ان ذلك شرط فيما اذا نقد الخمسين وليس كذلك بل انما ذكره توطئة لقوله بعده فان افترقا بلا قبض بطل فى الحلية فقط وان لم تخلص بطل اصلا انتهى واشار بقوله بطل فى الحلية فقط الى ماصرح به فى الدرر ومتنه من أنه يصح فى السيف ان تخلص بلاضرر كطوق الجارية قال فى النهر لانه حينئذ يقدر على تسليمه كبيع الجارية مع الطوق وقوله والابطل أصلا لتعذر تسليمه بلاضرر كبيع جذع من سقف والحاصل انه لاوجه لاشتراط التخلص بلاضرر اذا نقد حصة الفضة لكون البيع صح فى الجميع بخلاف ما اذا افترقا لاعن قبض حيث لايجوز البيع فى الجميع بل فيما عدا الصرف فقط ان امكن التخلص بلاضرر ومن هنا تعلم ان عبارة الكنز لاايهام فيها بخلاف عبارة الدرر والوقاية وكذا صدر عبارة التنوير موهم أيضا (قوله أوقال من ثمنهما) لان التثنية قد يراد بها الواحد قال تعالى نسيا حوتهما والناسى احدهما كما فى الزيلعى وهو فتى موسى عليه السلام يوشع بن نون لكن فى البيضاوى التصريح بنسبة النسيان لكل منهما حيث قال نسى موسى أن يطلبه ويتعرف حاله ويوشع أن يذكر له مارأى من حياته ووقوعه فى البحر روى ان موسى عليه السلام رقد فاضطرب الحوت المشوى ووثب فى البحر معجزة لموسى أو الخضر وقيل توضأ يوشع من عين الحياة فانتضح الماء عليه فعاش ووثب فى الماء وقيل نسيا تفقد أمره الى آخره فلو استدل الزيلعى بقوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد أحدهما وهو البحر الملح كما نقله عزمى زاده عن شرح الهداية لكان أولى (تتمة) لوقال النصف من ثمن الحلية والنصف من ثمن السيف أو جعل الكل من ثمن السيف يكون عن الحلية لانهما كشئ واحد وفى المحيط لوقال خذ هذا من ثمن النصل خاصة ان لم يمكن التمييز الابضرر يكون المنقود ثمن الصرف ويصحان وان امكن تمييزها بغير ضرر بطل الصرف لانه صرح بفساد الصرف وقصد جواز البيع فافى النهاية عن المبسوط من اطلاق فساد الصرف محمول على ما اذا كانت الحلية تتخلص من غير ضرر توفيقا بينه وبين مافى المحيط زيلعى وفى الدر وكذا لوقال هذا المعجل حصة السيف لانه اسم للحلية أيضا لدخولها فى بيعه تبعا ولو زاد خاصة فسد البيع لازالة الاحتمال اه فمفاده انه لوقال هذا المعجل حصة الامة فسد البيع وان لم يقل خاصة لان الطوق ليس من مسمى الامة بخلاف الحلية فان قلت قوله فى

فهو) أى المقبوض (حصتها وان لم يبين) المشترى عند نقد الالف او الخمسين انه حصة الطوق او الحلية (أوقال) أى وان قال المشترى عند نقد الالف او الخمسين انه (من ثمنهما) أى من ثمن الطوق والامة او الحلية والسيف (ولو افترقا بلا قبض) الثمن (صح) البيع (فى السيف دونها

الدر ولو زاد خاصة فسد البيع الخ ظاهره الفساد مطلقا سواء كانت الحلية تتخلص بلاضرر اولا فيخالف مامر عن الزيلعى قلت ماذكره فى الدر عزاه فى النهر الى السراج وقال انه يحمل على ما اذا تخلصت بلاضرر (قوله ان تخلص الحلية عن السيف) صوابه السيف عن الحلية حموى للقدرة على تسليمه شيخنا (قوله والابطلا) لتعذر تسليم السيف بلاضرر كبيع جذع من سقف نهر (قوله أى وان لم تتخلص عن السيف الى آخره) صوابه يتخلص عن الحلية حموى (قوله وهذا اذا كانت الفضة الخ) فيه ان فرض المسئلة ان الحلية خمسون والثمن مائة فكان ذكره مستغنى عنه وأجيب بأنه عمم الكلام لبيان الاقسام الاخر اذ الفضة المفرزة اما ان تكون اكثر أو أقل أو مساوية أو جهل الحال حموى عن الاكمل (قوله بطل العقد فيهما) للربا عينى (قوله خلافا لزفر) لان الاصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالى عن العوض فالم يعلم يكون العقد محكوما بجوازه ووجه الاول ان العلم بالمساواة عند العقد شرط لصحة البيع لاحتمال ان يكون أقل منه او مثله أو اكثر فحصل الفساد من وجهين فترجحت جهة الفساد بالكثرة والحرمة زيلعى (قوله وقبض بعض ثمنه) سكت عن التقييد بقبض الاناء لظهوره لان الصرف لابد لصحته من قبض كل من بدليه (قوله صح فيما قبض) لوجود شرط الصرف فيه وبطل فيما لم يقبض ولا يشيع الفساد فى الكل لانه طارئ بعد صحة العقد نهر (قوله والاناء مشترك) ولا يثبت للمشترى خيار عيب الشركة لانها جاءت من قبله بعدم النقد قبل الافتراق زيلعى (قوله والمسئلة بحالها) أى بعد البيع وقبض بعض الثمن لكن نظر فيه السيد الحموى ولم يبين وجهه ووجهه شيخنا بأن جعلها بنائية لاداعى اليه مع ان فيه قصورا واما جعلها ابتدائية فيعم الصورتين صورة كون الاستحقاق قبل القبض أو بعده انتهى فان قلت يلزم على قول الشارح والمسئلة بحالها ثبوت عيب الشركة قبل ظهور الاستحقاق وحينئذ فلا يكون للاستحقاق تأثير فى اثبات هذا العيب قلت لانسلم ذلك لان المراد ظهور الاستحقاق قبل تفرق العاقدين يدل عليه قوله فى التنوير فان اجاز المستحق جاز العقد وكان الثمن له يأخذه البائع من المشترى ويسلمه له اذا لم يتفرقا بعد الاجازة الخ فقوله اذا لم يتفرقا بعد الاجازة يفيد ان الاستحقاق ثبت قبل التفرق (قوله فهو بالخيار) لان عيب الشركة عند ثبوت الاستحقاق لاصنع له فيه بخلاف ماسبق واعلم ان التعليل بأنه لاصنع له فيه يفيد انه لاخيار له اذا ثبت الاستحقاق باقراره لابالبينة وبه صرح فى الدرقلت ويتفرع على ثبوت الاستحقاق باقراره عدم رجوعه على البائع بالثمن (قوله قطعة نقرة) هى قطعة فضة مذابة كذا فى الديوان وعليه فالاضافة من اضافة الجنس الى النوع عينى وفى المغرب النقرة القطعة المذابة من الذهب او الفضة ويقال نقرة فضة على الاضافة للبيان نهر (قوله بلاخيار) لان الشركة فى النقرة لاتعد عيبا لان التشقيص لايضرها هذا اذا استحق بعد القبض ولو كان قبله ثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه قبل التمام شرنبلالية (قوله وصح بيع درهمين ودينار الخ) بجعل كل جنس مقابلا بخلاف جنسه فتقابل الدرهمان بالدينارين والدينار بالدرهم عينى (قوله بضعفهما) بأن يبيعهما بكرى بر وكرى شعير فيجعل كرابر بكر شعير وكرا شعير بكر بر عينى ثم الاصل فى هذا الباب ان احد البدلين تجب قسمته على البدل الآخر وتظهر فائدته فى الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما تجب فيه الشفعة ثم ان كان العقد مما لاربا فيه فان لم تتفاوت آحاده فالقسمة على الاجزاء وان كانت تتفاوت فالقسمة على القيمة وان كان مما فيه الربا تجب قسمته على الوجه الذى يصح فيه العقد لاغير زيلعى واسم الاشارة فى قوله ثم الاصل فى هذا الخ يعود على البيع المطلق وقوله فان لم تتفاوت آحاده فالقسمة على الاجزاء كان اشترى عددا من بيض وجوز بمثله من تفاح وكمثرى فالتفاح والكمثرى يكونان مقسومين على أجزاء البيض والجوز حتى اذا ظهر كون البيض مذرا رجع المشترى بما اصابه من قسمة التفاح والكمثرى وقوله وان كانت تتفاوت فالقسمة على القيمة كان اشترى جارية وعبدا بفرس وثوب ثم استحق العبد يرجع بقيمة العبد من الثوب والفرس جميعا وقوله ووجوب الشفعة صورته اشترى دارا وثوبا بعبد وفرس كان

ان تخلص) الحلية عن السيف (بلا ضرر والا) أى وان لم يتخلص عن السيف الا بضرر (بطلا) أى عقدهما وهذا اذا كانت الفضة المفرزة أزيد مما فيه بان كانت فضة الحلية خمسين درهما والفضة المفرزة مماثلة لفضة الحلية فى القدر أو اقل بان كانت اربعين درهما بطل العقد فيهما وكذا اذا لم يعلم قدر الحلية خلافا لزفر (ولو باع اناء فضة) بفضة أو ذهب (وقبض) البائع (بعض ثمنه وافترقا) بالابدان (صح) البيع (فيما قبض) وبطل فيما لم يقبض (والاناء مشترك بينهما وان استحق بعض الاناء) والمسئلة بحالها فهو بالخيار ان شاء (اخذ المشترى مابقى) من الاناء (بقسطه) من الثمن وان قل (اورد ماشتراه (ولو باع قطعة نقرة) فضة وقبض بعض ثمنها وافترقا صح العقد فيما قبض والقطعة مشتركة بينهما (فان استحق بعضها اخذ المشترى مابقى من النقرة (بقسطه بلا خيار) وطرح بعض الصورة استغناء بما ذكر قبله ولو لم تجعل هذه المسئلة مثل المسئلة الاولى يصح فتكون حينئذ مسئلة ابتدائية (وصح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين و) بيع (كر بر وشعير بضعفهما) استحسانا

لشفيع الدار أخذها بما يصيبها من قسمة قيمة العبد والفرس على قيمة الدار والثوب وقوله تجب قيمته على الوجه الذى يصح العقد فيه لاغير بان يصرف الجنس الى خلاف جنسه قال فى النهاية مثاله اذا باع عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار صح العقد فتكون الخمسة بالخمسة والخمسة الاخرى بازاء الدينار وكذا لو قابل جنسين بجنسين كما فى مسئلة الكتاب بأن باع درهمين ودينارا بدينارين ودرهم صح العقد ويجعل كل جنس بمقابلة الجنس الآخر انتهى شيخنا (قوله وقال زفر والشافعى لا يصح) لان مقابلة الجملة بالجملة تقتضى الانقسام على الشيوع لا على التعيين ففى حمله على خلاف الجنس تغيير له فلا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف لان تغيير التصرف لا يجوز لتصحيح التصرف ولنا ان فى صرف الجنس الى خلافه تصحيح العقد والى جنسه فساده ولا معارضة بين الفاسد والصحيح لان الصحيح مشروع بأصله ووصفه والفاسد مشروع بأصله دون وصفه ولان العقد يقتضى مطلق المقابلة من غير أن يتعرض لمقيد لا مقابلة الكل بالكل بطريق الشيوع ولا مقابلة الفرد من جنسه ولا من خلاف جنسه فيحمل على المقيد المصحح عند تعذر العمل بالاطلاق ولئن كان تغييرا فهو تغيير للوصف لا تغيير لاصل المقابلة اذ هى موجودة لان أصل المقابلة فيه افادة الملك فى الكل بمقابلة الكل وذلك لم يتغير زيلعى ونهر وافاد الزيلعى انه لو قال عند البيع على ان يكون الجنس مقابلا بخلاف الجنس صح يعنى اجماعا (قوله وصح بيع احد عشر الخ) اردف هذه المسئلة وان علمت مما قبلها بالبيان ان صرف الجنس الى خلاف جنسه لا فرق فيه بين أن يوجد الجنسان فى كل من البدلين أو أحدهما نهر (قوله وصح بيع درهم صحيح الخ) لانهما جنس واحد فيعتبر التساوى فى القدر دون الوصف وفيه خلاف زفر والشافعى عينى (قوله بدرهمين صحيحين) لما سبق من ان الصحيح من جنس الغلة فالمدار على التساوى قدرا وهو حاصل بجعل ثلاثة دراهم عوضا عن ثلاثة (قوله الغلة ما يأخذه التجار الخ) وقيل هى الدراهم المقطعة ولا تنافى بينهما لاحتمال انها التى يردها بيت المال نهر عن الزيلعى ولهذا نقل عزمى عن النهاية ان الغلة ما يرده بيت المال لا لزيافتها بل لكونها قطعا انتهى (قوله وصح بيع دينار بعشرة دراهم عليه) وتقع المقاصة بنفس العقد لانه جعل ثمنه دراهم لا يجب قبضها ولا تعيينها بالقبض وذلك جائز اجماعا كما فى الزيلعى لان التعيين للاحتراز عن الربا أى ربا النسيئة ولا ربا فى دين سقط انما الربا فى دين يقع الخطر فى عاقبته ولهذا لو تصارفا دراهم دين بدنانير دين صح لفوات الخطر ولا فرق بين أن يكون الدين موجودا قبل عقد الصرف أو حصل بعده يعنى قبل الافتراق كما فى النهر وقيل لا يجوز التقاص بدين حادث بعد الصرف لانه يكون تقاصا بدين سيجب والاول هو الاصح لان التقاص هو الذى يتضمن الفسخ للصرف الاول وانشاء صرف آخر فيكتفى بوجود الدين عنده لانه يكون عقدا جديدا من ذلك الوقت من غير استناد الى ما قبله فلا حاجة الى سبق وجوبه واعلم ان ما ذكره الزيلعى من عدم الفرق فى الدين بين أن يكون موجودا قبل عقد الصرف أو حصل بعده انما هو فيما اذا بيع الدينار بعشرة مطلقة شيخنا صورة التقاص بدين حادث ان يبيعه دينارا بعشرة ثم يحدث لمشترى الدينار عشرة على البائع بأن باع منه ثوبا بعشرة فيتقاصان فى المجلس وقول العينى وهنا صورة أخرى صوابه صورته فان قلت ما ذكره العينى من التصوير للدين الحادث يشكل بما سبق فى المتن حيث قال فلو باع دينارا بدراهم واشترى بها ثوبا فسد بيع الثوب بناء على ما قدمناه من فساد بيع الثوب ولو كان اشتراه ممن عقد معه الصرف قلت ما سبق مفروض فيما اذا اشترى الثوب بالدراهم التى هى بدل الدينار بخلاف ما هنا فان العشرة التى اشترى الثوب بها مطلقة فكانت غير العشرة التى هى بدل الدينار ولهذا احتيج للتقاص فوضح الفرق وفى البحر عن الفقيه أبى الليث اذا استقرض بائع الدينار بعشرة عشرة من المشترى أو غصب منه صار قصاصا ولا يحتاج الى التراضى لانه قد وجد منه القبض انتهى أما نفقة الزوجة ففى وقوع المقاصة بها اذا كان للزوج عليها دين لا بد له من التراضى بحر ايضا عن فروق الكرابيسى (قوله وقال زفر لا يصح) لكونه استبدالا ببدل الصرف وجه الاستحسان انهما لما تقاصا انفسخ

الاول

وقال زفر والشافعى لا يصح فيما (و) صح بيع (احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار) بان جعلت العشرة بمثلها والدينار بدرهم (و) صح بيع (درهم صحيح ودرهم من غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) الغلة ما يأخذه التجار ويرده بيت المال (و) صح بيع (دينار بعشرة دراهم عليه) أى على البائع (او بعشرة مطلقة ودفع الدينار) فى الصورتين (وتقاصا العشرة بالعشرة) وسقط حق المطالبة وصحت المقاصة فى الثانية استحسانا وقال زفر لا يصح وهو القياس

الاول وانعقد صرف آخر مضاف الى الدين لانهما لما ان غيرا موجب العقد فقد فسخاه الى آخر اقتضاء كما لو جدد البيع بأكثر من الثمن الاول وفيه كلام للفتح يعلم بمراجعة النهر (قوله وغالب الفضة الخ) لانهما لا يخلوان عن قليل غش للانطباع ويكون الحكم للغالب عينى (قوله فصح بيعها بجنسها متفاضلا) أى بالمغشوش مثلها عددا أو وزنا لان الغش من كل واحد منهما مقابل بالفضة أو الذهب الذى فى الآخر فلا يضر التفاضل فيهما لاختلاف الجنس واذا بيعت بالفضة الخالصة او الذهب الخالص لا بد وان يكون الخالص اكثر من الفضة أو الذهب الذى فى المغشوش حتى يكون قدره بمثله والزائد بالغش والحاصل انهم اعتبروا الفضة او الذهب المغلوب بالغش هنا حتى لا يجوز بيعه بجنسه الا على طريق الاعتبار ولم يعتبروا الغش المغلوب بالفضة أو الذهب فجعل كان كله فضة او ذهب ومنع بيعه متفاضلا والفرق بينهما ان الفضة المغلوبة او الذهب المغلوب موجود حقيقة حالا من حيث اللون ومآلا بالاذابة بخلاف الغش المغلوب فيهما لانه يحترق ويهلك ولا لون له فى الحال فلا يمكن اعتباره حتى لو عرف ان الفضة او الذهب فى الغش الغالب يحترق ولا يخرج منه شئ كان حكمه كحكم النحاس الخالص فلا يكون للفضة او الذهب فيه اعتبار اصلا ولا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا وكذا لا يجوز التفاضل فى الغطارفة والعدالى وان كان الغالب فيها الغش لانها أعز الاموال فى ديارهم زيلعى والغطارفة هى الدراهم الغطريفية وهى المنسوبة الى غطريف بن عطاء الكندى أمير خراسان ايام الرشيد وقيل خال هارون الرشيد عناية (قوله أى بيع الدراهم والدنانير الخ) اعلم ان ما ذكره الشارح حيث جعل الضمير فى قول المصنف فصح بيعها للدراهم والدنانير التى غلب عليها الغش هو الظاهر من كلام المصنف خلافا للعينى حيث جعل الضمير لغالب الغش قال وانما أنث الضمير باعتبار الفضة انتهى لان ما غلب غشه لم ينحصر فى الفضة (قوله ولكن يشترط التقابض) لانه صرف فى البعض لوجود الفضة او الذهب من الجانبين ويشترط فى الغش أيضا لانه لا يتميز الا بضرر زيلعى (قوله وزنا وعددا او بهما) لان المعتبر فيما لا نص فيه العادة لانه لما كان الغالب فيهما الغش صارت كالفلوس فتعتبر العادة حتى اذا كانت تروج بالوزن فبالوزن وان بالعدد فبالعدد وان بهما فبكل واحد منهما عينى (قوله ولا تتعين بالتعيين) فلو هلكت قبل القبض لا يبطل العقد نهر (قوله ما دامت تروج) لانها بالاصطلاح صارت أثمانا فما دام ذلك الاصطلاح موجودا لا تبطل الثمنية لقيام المقتضى زيلعى (قوله وتتعين بالتعيين الخ) لانها سلعة فى الاصل وانما جعلت أثمانا بالاصطلاح فاذا تركوا المعاملة بها رجعت الى اصلها حتى لو هلكت قبل القبض بطل العقد هذا اذا كانا يعلمان بحالها و يعلم كل من المتعاقدين ان الآخر يعلم والا فالبيع يتعلق بالدراهم الرائجة لا بالمشار اليه من هذه الدراهم التى لا تروج وان كان يقبلها البعض ويردها البعض فهى مثل الزيوف والنبهرجة لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها وان كان البائع يعلم بحالها وباعه بها على ظن انها دراهم جياد تعلق حقه بالجياد لوجود الرضا بها فى الاول وعدمه فى الثانى وما فى الزيلعى من تأنيث الضمير حيث قال ولعدمها فى الثانى كذا بخطه والظاهر تذكير الضمير شيخنا عن الشلبى (قوله والمتساوى) كغالب الفضة فى التبايع حتى لا يجوز البيع بها الا بالوزن ولا ينتقض العقد بهلاكها قبل التسليم ويعطيه مثلها لانها ثمن فلم تتعين زيلعى وغيره ومنه يعلم ما فى الشارح من الخلل حيث شرح التبايع بقوله حتى لا يصح بيعها بالخالصة الا متساويا وزنا وكان المناسب ذكر هذا بعد قوله وفى الصرف كغالب الغش كما فعل العينى شيخنا ثم اعلم ان ما ذكره الشارح حيث اشترط التساوى وزنا لا ينافى ما فى الزيلعى وغيره كالعينى حيث قال ولو باعها بالفضة الخالصة لا يجوز حتى تكون الخالصة اكثر مما فيه من الفضة الخ لانه اذا كان وزن الخالص مساويا لوزن المغشوش يلزم ان يكون الخالص اكثر مما فى المغشوش فلا تخالف (قوله حتى لا يصح الاستقراض بها الخ) الظاهر ان يقال حتى لا يصح استقراضها الخ (قوله وفى الصرف كغالب الغش) مقتضاه جواز بيعها بجنسها متفاضلا كما ذكره الشارح وغيره ويصرف

(وغالب الفضة والذهب فضة وذهب حتى لا يصح بيع) الفضة (الخالصة بها) أى بغالب الفضة (ولا) يصح (بيع بعضها ببعضها) أو بالخالصة أى بيع بعض الدراهم التى غلب عليها الفضة ببعض الدراهم التى غلب عليها الفضة (الا متساويا وزنا ولا يصح الاستقراض بها) أى بالدراهم والدنانير التى غلب عليها الفضة والذهب (الا وزنا وغالب الغش) من الذهب والفضة (ليس فى حكم الدراهم والدنانير فصح بيعها) أى بيع الدراهم والدنانير التى غلب عليها الغش (بجنسها متفاضلا) بصرف الجنس الى خلاف الجنس (و) صح ولكن يشترط التقابض (و) صح (التبايع والاستقراض بما يروج) من الدراهم والدنانير التى غلب عليها الغش (وزنا أو عددا) أو بهما (ولا تتعين) الدراهم والدنانير التى غلب عليها ما دامت تروج (بالتعيين) لكونها اثمانا وتتعين بالتعيين ان كانت لا تروج والمتساوى كغالب الفضة فى التبايع) حتى لا يصح بيعها بالخالصة الا متساويا وزنا (و) فى (الاستقراض) حتى لا يصح الاستقراض بها الا وزنا (وفى الصرف كغالب الغش)

الجنس الى خلاف جنسه وهو مخالف لما ذكره قاضيخان حيث قال ان كان نصفها صفرا ونصفها فضة لايجوز التفاضل بناء على ماهو الظاهر من انه أراد به ما اذا بيعت بجنسها ووجهه كما فى الزيلعى ان فضتها لما لم تصر مغلوبة جعلت كان كلها فضة فى حق الصرف احتياطا انتهى (قوله فيصح بيعها بجنسها متفاضلا) لايخالف ماذكره العينى وغيره كالزيلعى حيث ذكر بدل قوله متفاضلا على وجه الاعتبار اذ معنى الاعتباران بصرف الجنس الى خلاف جنسه كما ذكره الحموى فما اعترض به الشيخ شاهين على العينى حيث قال قوله على وجه الاعتبار فيه تأمل مع قول المتن كغالب الغش وغالبه يباع متفاضلا و بصرف الجنس لخلافه انتهى ساقط (قوله أى بغالب الغش) فاذا اشترى بالدراهم ثم كسدت او انقطعت يعنى عن أيدى الناس بطل البيع ويجب على المشترى رد المبيع ان كان قائما ومثله ان كان هالكا وكان مثليا والا فقيمته وان لم يكن مقبوضا فلا حكم لهذا البيع اصلا وهذا عند الامام بحر (قوله نافقة) فى البحر عن المصباح نفقت الدراهم نفقا من باب تعب نفدت ويتعدى بالهمزة فيقال أنفقتها انتهى (قوله وكسد) او انقطع من أيدى الناس وحد الكساد ان يترك الناس المعاملة بها فى جميع البلاد وان كانت تروج فى بعض البلاد لا يبطل البيع لكنه يتعيب اذا لم ترج فى بلدهم فيخير البائع ان شاء أخذه وان شاء اخذ قيمته وحد الانقطاع ان لا يوجد فى السوق وان كان يوجد فى يد الصيارفة وفى البيوت وفى الفتاوى الصغرى تفسير الكساد ان لا تروج فى جميع البلدان على قول محمد أما عندهما الكساد فى بلده يكفى لفساد البيع فى تلك البلدة عينى قيد بالكساد لانها لو نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالاجماع ولا يتخير البائع وكذا لو غلت وازدادت ولا يتخير المشترى وفى الخلاصة والبزازيه غلت الفلوس او رخصت فعند الامام الاول والثانى اولا ليس عليه غيرها وقال الثانى ثانيا عليه قيمتها يوم البيع والقبض وعليه الفتوى انتهى أى يوم البيع فى البيع ويوم القبض فى القرض نهر واعلم ان الضمير فى قوله قيد بالكساد لانها الخ للدراهم التى غلب غشها وحينئذ فاذكره مما يقتضى لزوم المثل بالاجماع بعد الغلاء والرخص حيث قال فالبيع على حاله بالاجماع ولا يتخير البائع الخ لا ينافى حكاية الخلاف عن الخلاصة والبزازيه فيما اذا غلت الفلوس او رخصت هل يلزمه القيمة اوليس عليه غيرها هذا حاصل ما أشار اليه شيخنا من التوفيق قال واذا علم الحكم فى الثمن الذى غلب غشه اذا نقصت قيمته قبل القبض كان الحكم معلوما بالاولى فى الثمن الذى غلب جيده على غشه اذا نقصت قيمته لايتخير البائع بالاجماع فلا يكون له سواه وكذا لو غلت قيمته لايتخير المشترى بالاجماع قال واياك ان تفهم ان خلاف أبى يوسف جار حتى فى الذهب والفضة كالشريفى البندقى والمحمدى والكلب والريال فانه لايلزم لمن وجب له نوع منها سواه بالاجماع فان ذلك الفهم خطأ صريح ناشئ عن عدم التفرقة بين الفلوس والنقود (قوله بطل البيع عنده) لان الثمن يهلك بالكساد فيبقى بيعا بلاثمن فيبطل ثم بطلان البيع مقيد بما اذا لم يكن الثمن مشارا اليه وفى النكاح يلزمه قيمة تلك الدراهم التى غلب عليها الغش وقد كسدت او انقطعت اوكانت جيدة فكسدت أو انقطعت وأما اذا غلت او رخصت فليس على الزوج سوى ما سمى منه فى العقد و يطالب بالعيار الذى كان وقت العقد شيخنا بقى ان يقال ماذكره فى النهر بعد ان حكى عن الخلاصة والبزازيه الخلاف فيما اذا غلت الفلوس أو رخصت هل يلزمه القيمة أوليس عليه غيرها من قوله قال البزازى والاجارة كالبيع والدين على هذا يوهم انه من تعلقات الغلاء والرخص وليس كذلك لان البزازى انما اورد ذلك فى المنقطع المساوى حكمه للكساد كذا نبه عليه شيخنا (قوله والا يرد قيمته) ان كان قيميا ومثله ان كان مثليا حموى (قوله وعند أبى يوسف عليه قيمة غالب الغش) لان العقد قد صح وانما تعذر التسليم بعده بالكساد وذلك لايوجب الفساد لاحتمال الزوال بالرواج واذا لم يبطل البيع تجب قيمته لكن تعتبر قيمته يوم البيع عند ابى يوسف لان الثمن صار مضمونا به وعند محمد تعتبر قيمته يوم الكساد وهو آخر ما تعامل الناس بها لانه يوم الانتقال الى القيمة زيلعى قيل الفتوى على قول أبى يوسف وقيل على قول محمد رفقا بالناس نهر وقول

ويصح بيعها بجنسها متفاضلا وبشرط التقابض فى المجلس (ولو اشترى به) أى بغالب الغش (أو بفلوس نافقة) أى رائجة (شيئا وكسد) وترك الناس المعاملة بها قبل دفعها الى البائع (بطل البيع) عنده فيرد المبيع ان كان قائما والا رد قيمته وعند أبى يوسف عليه قيمة غالب الغش يوم البيع وقال محمد عليه قيمته آخر ما تعامل الناس به

محمدا انظر فى حق المستقرض لان قيمته يوم الانقطاع أقل وقول أبى يوسف ايسر لان قيمته يوم القبض معلومة ويوم الكساد لا تعرف الا بحرج زيلعى (قوله وصح البيع بالفلوس النافقة) لانه ثمن بالاصطلاح درر ومافى الشرنبلالية من قوله كان الاولى ان يقال لانها تعقبه شيخنا بان مراعاة الخبر أولى من مراعاة المرجع انتهى (قوله وان لم تعين) لانها أثمان بل لو عينها لا تتعين الا اذا قال أردنا تعليق الحكم بعينها فحينئذ يتعلق العقد بعينها بحر ونهر (قوله حتى يعينها) لانها سلع فلابد من تعيينها ولو اشترى شيئا بفلوس ثم كسدت الفلوس قبل ان ينقدها وقد قبض المبيع فسد البيع وروى عن أبى يوسف انه قال عليه قيمة الفلوس ولا يفسد البيع عينى قال شيخنا ينظر وجه تخصيص أبى يوسف بهذه الرواية فانه قد سبق من العينى التنصيص على عدم فساد البيع عندهما وعند بقية المذاهب ذكر ذلك عقب قول المتن ولو اشترى به او بفلوس نافقة شيئا وكسدت بطل البيع ولا وجود لهذه الرواية فى الزيلعى اه (قوله وعندهما تجب قيمتها) لانه لما تعذر ردها كما قبض ببطلان وصف الثمنية وجب رد قيمتها وله انه اعارة وموجبه رد الجنس يعنى والثمنية فضل فيه اذ القرض لايختص به كما فى النهر وقوله اذ القرض لا يختص به اى بالثمن المفهوم من الثمنية واما اذا استقرض دراهم غالبة الغش ففى قياس قول ابى حنيفة رضى الله تعالى عنه عليه مثلها وقال الثانى عليه قيمتها من الذهب يوم القرض فى الفلوس والدراهم وقال محمد فى آخر وقت نفاقها نهر ايضا وقوله واما اذا استقرض دراهم غالبة الغش يعنى فكسدت كما يدل عليه سياق كلامه ومحل الخلاف فيما اذا هلكت ثم كسدت اما لو كانت باقية فانه يرد عينها اتفاقا كما فى الشرنبلالية عن شرح المجمع واعلم ان تقييد الاختلاف فى رد المثل او القيمة بالكساد يشير الى انها اذا غلت او رخصت وجب رد المثل بالاتفاق وقد سبق نظير ذلك فيما اذا اشترى بغالب الغش او بفلوس نافقة شيئا ثم غلت اورخصت حيث صرح فى النهر على ان البيع على حاله بالاجماع وانه لا يتخير البائع ولا المشترى واعلم انه استفيد من كلام النهر ان تقييد الكساد بافلس القرض ليس احترازيا بدليل انه حكى الاختلاف فى رد المثل او القيمة فيما اذا كان القرض الذى كسد مما غلب غشه وانظر حكم ما اذا اقترض من فضة خالصة او غالبة او مساوية للغش ثم كسدت هل هو على هذا الاختلاف او يجب رد المثل بالاتفاق (قوله او بدانق) هو سدس درهم والقيراط نصف السدس بحر (قوله صح) وعليه من الفلوس ما يباع بنصف درهم وعلى هذا لو قال بثلث درهم او بربعه لان ما يباع من الفلوس بين الناس بنصف درهم ونحوه معلوم فاغنى العلم به عن العدد ولو اشترى شيئا من ذلك بدرهم فلوس كان مثل ذلك فى القياس هذا لفظ محمد فى الاصل ولكن لم يصرح بالجواز وعدمه وقال فى المختلف والحصر وعن ابى يوسف انه يجوز وعن محمد انه لا يجوز عينى والاصل هو المبسوط لمحمد والمختلف والحصر كلاهما شرح منظومة النسفى والمذكور فى غير المبسوط خلاف ظاهر الرواية عن محمد لانه اذا كان المدار انما هو على العلم بما يباع بالدرهم من الفلوس مع وجوب الحمل عليه تصحيحا للعقد فلا فرق بين ما دون الدرهم والدراهم فضلا عن الدرهم نهر (قوله وقال زفر لا يصح فى الكل) لان الفلوس معدودة ونصف الدرهم ونحوه كالدانق والقيراط وزنى فذكرها لا يغنى عن بيان العدد فبقى الثمن مجهولا ولنا ما سبق وهو انه اراد ما يباع به من الفلوس وهو معلوم فاغنى عن ذكر العدد نهر بقليل زيادة (قوله وقال محمد يصح فيما دون الدرهم الخ) لان الجواز للعادة ولم توجد فى الدرهم وقال أبو يوسف يجوز فى الكل لانه معلوم عند الناس ولا تتفاوت قيمة الفضة من الفلوس زيلعى وقول ابى يوسف هو الاصح بحر عن الكافى والمجتبى (قوله صح الصرف) أى فيهما الا انه لما لم يكرر لفظ نصفه بل قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم و بنصف درهم الا حبة كان نصف درهم الا حبة بمثله من الفضة والباقى بازاء الفلوس حتى لو كرره والمسئلة بحالها بطل فى الكل على قياس قول الامام لان الفساد قوى مقارن للعقد فيشيع وعندهما صح فى الفلوس و بطل فيما يقابل الفضة لان بيع نصف درهم بالفلوس صحيح وبيع النصف بنصف الا حبة فاسد للربا ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه كجوابهما فى ان الفساد يخص النصف الآخر

(وصح البيع بالفلوس النافقة) أى الرائجة (وان لم تعين وبعينه ولو كسدت لا) (حتى يعينها) ولو كسدت فلوس بيع (بطل) (ولو استقرض فلوسا فكسدت) يجب رد مثلها أى مثل القرض عند أبى حنيفة القرض ولكن عند أبى يوسف وعندهما تجب قيمتها يوم القبض وعند محمد يوم الكساد (ولو اشترى شيئا بفلوس) (او بدانق فلوس) بنصف درهم فلوس (صح) وعليه من الفلوس ما يباع بنصف درهم ونحوه وقال زفر لا يصح فى الكل وقال محمد يصح فيما دون الدرهم لا فى الدرهم (ولو اعطى) رجل (صيرفيا) أى صرافا (درهما) وقال اعطنى به أى بدل الدرهم (نصف درهم) حال كون النصف (فلوسا ونصفا الا حبة صح) الصرف

لانهما بيعان لتعدد الصفقة وهذا هو المختار كما فى النهر خلافا لما حكى عن بعض المشايخ انه لا يجوز واصل الخلاف ان العقد عنده يتكرر بتكرار اللفظ أى لفظ اعطنى وعندهما بتفصيل الثمن كما فى الزيلعى فان قلت قد استفيد من كلامهم انه اذا قال له اعطنى بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الاحبة يشيع الفساد فى الكل عند الامام وفى الفضة فقط عندهما وهكذا يفهم من كلام القدورى على ما نقل عنه العينى حيث قال وقال القدورى ومن اعطى الصير فى درهما وقال اعطنى بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الاحبة جاز البيع فى الفلوس وبطل فيما بقى عندهما فتقييده بقوله عندهما يحترز به عما ذهب اليه الامام من ان الفساد يشيع فى الكل فلا شئ قال ابو نصر الاقطع هذا غلط من الناسخ لان العقد فيه فاسد عند ابى حنيفة فى الكل وعندهما جائز فى الفلوس فاسد فى قدر النصف الآخر الخ ما نقله عنه العينى مع ان ما جعله الاقطع وجها لدعوى الغلط وهو فساد العقد فى الكل عند الامام يستفاد من كلامه وان لم يصرح به قلت ذكر شيخنا ما به يزول الاشكال حيث قال الظاهر ان اسم الاشارة راجع الى اطلاق التفصيل عن قيد قول القدورى عندهما لكون النسخة التى شرح عليها الاقطع خالية عن قيد التفصيل بلفظ عندهما فنسبه الاقطع الى الناسخ لثبوته فى خط القدورى انتهى (تتمة) ذكر بعضهم بيع الوفاء هنا وصورته ان يبيعه العين بالف على أنه ان رد عليه الثمن رد عليه العين ثم ان ذكر الفسخ فيه اوقبله اوزعماه غير لازم كان بيعا فاسدا ولو بعده على وجه الميعاد جاز ولزم الوفاء به لان المواعيد قد تكون لازمة لحاجة الناس وهو الصحيح كما فى الكافى والخانية ولو استأجره بائعه لا يلزمه الاجر لانه رهن حكما وفى فتاوى ابن الحلبى ان صدرت الاجارة بعد قبض المشترى المبيع وفاء فهى صحيحة والاجرة لازمة مدة التآجر انتهى وعليه فلو مضت المدة وبقى فى يده افتى علامة الروم بلزوم أجر المثل وفى البزازية ولو باعه المشترى فللبائع او ورثته حق استرداده وافاد فى الشرنبلالية ان ورثة كل من البائع والمشترى تقوم مقام مورثه نظرا لجانب الرهن كذا فى الدر والحاصل أن فى بيع الوفاء تسعة اقوال منها قول جامع لبعض المحققين وهو انه فاسد فى بعض الاحكام حتى ملك كل منهما الفسخ وصحيح فى بعض الاحكام كحل الانزال ومنافع المبيع ورهن فى حق البعض حتى لم يملك المشترى بيعه من آخر ولا رهنه قال صاحب البحر بعد نقله وينبغى ان لا يعدل فى الافتاء عن القول الجامع انتهى قال فى الشرنبلالية وهو يفيد ان ورثة البائع يقومون مقامه كورثة المشترى نظرا لجانب الرهن انتهى وتعقبه شيخنا بما ذكره احمد بن يونس فى فتاواه من انه اذا مات البائع انقطع حكم الشرط بموته لانه بيع فيه اقالة وشرطها بقاء المتعاقدين ولانه بمنزلة خيار الشرط وهو لا يورث انتهى واعلم ان ما فى الدرر عن مجموع النوازل يوهم عدم لزوم الوفاء بالوعد وانه بيع من كل وجه وليس كذلك ولهذا قيد شيخنا اطلاق قوله وذكر فى مجموع النوازل اتفق مشايخنا فى هذا الزمان على صحته بيعا بقوله اى مقيدا ببعض احكامه وهو الانتفاع به دون البعض لحاجة الناس ولتعاملهم قال صاحب النهاية وعليه الفتوى الخ ثم رأيت التقييد الذى نقله شيخنا عن النهاية مصرحا به فى جامع الفتاوى ايضا ونصه ملخصا اتفق مشايخنا فى هذا الزمان على جوازه بالنسبة لبعض الاحكام وهو الانتفاع به لحاجة الناس اليه ولتعاملهم قال صاحب النهاية وعليه الفتوى فاستفيد من كلام صاحب النهاية ان ما ذكره فى الدرر عن مجموع النوازل ليس على اطلاقه وكذا يستفاد هذا أيضا من عبارة الفصول على ما نقل عنه فى جامع الفتاوى أيضا ونصه ان لم يكن الشرط فى العقد فجعله بيعا صحيحا فى حق المشترى حتى ينتفع بالمبيع كسائر املاكه ورهنا فى حق البائع حتى لم يجز بيع المشترى المبيع ويجبر المشترى على قبول الثمن ورد المبيع على بائعه لان هذا البيع مركب منهما كهبة بشرط العوض وكثير من الاحكام له حكمان لحاجة الناس حذرا عن الربا الخ واستفيد أيضا ان بيع الوفاء لا شفعة فيه وبه صرح القهستانى معزيا للقاضيخان معللا بان حق البائع لم ينقطع اصلا واعلم ان ما فى النهاية يحمل على ما ذكره فى الفصول من التقييد بعدم ذكر الشرط فى العقد لما علم من ان ذكره فى العقد يفسده اذا

اهدائی به
کتابخانه آستان قدس رضوی
دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی

علمت هذا ظهر ان ما ذكره فى الدرر على وجه التعليل لما ذكره فى مجموع النوازل بقوله لانهما تلفظا بلفظ البيع من غير ذكر شرط فيه أى من غير ذكر الشرط فى صلب العقد وليس المراد عدم ذكر الشرط اصلا بقى ان يقال اذا كان المبيع امة بناء على القول بان بيع الوفاء يجرى فى المنقول لا يحل لكل واحد من البائع والمشترى وطؤها لتعلق حق كل منهما بها فكانت فى معنى المشتركة وحل الوطء يستدعى ملكا من كل وجه وكذا اذا اشتراها فاسدا وقبضها باذن البائع تثبت احكام الملك كلها الا انه لا يحل وطؤها وبالوطء يضمن عقرها وكذا لا يحل الاكل ولا اللبس ولا شفعة للشفيع اذا كان المبيع عقارا كذا فى الاشباه من كتاب البيوع ببعض تصرف (قوله ولا شفعة للشفيع يعنى الا اذا سقط حق الفسخ كما سيأتى فى محله وبهذا التقرير تعلم ان المراد بالانزال فيما سبق من حل الانزال ومنافع المبيع منفعة الاسكان بناء على ما رأيته لبعض الافاضل حيث ضبطه بكسر الهمزة والحامل له على هذا المحافظة على ما هو الاصل فى العطف من كونه للمغايرة فيكون عطف منافع المبيع على الانزال من عطف العام على الخاص ولا شك فى تحقق المغايرة بينهما خصوصا على ما نقل عن سعدى شلبى من ان العام اذا قوبل بالخاص يراد به ما عدا الخاص والاولى ان يكون بفتح الهمزة فيكون جمع نزل كما سبق فيما اذا غسل النحل بارض شخص لما فى كسر الهمزة من ايهام ما لا تصح ارادته وغاية ما يلزم على فتح الهمزة ان يكون العطف من قبيل عطف البيان ولا مانع منه (فائدة) قال الرضى الى الآن لم يظهر لى فرق جلى بين بدل الكل من الكل وبين عطف البيان بل لا ارى عطف البيان الا بدل الكل وما قالوا فى الفرق بينهما ان البدل هو المقصود بالنسبة دون متبوعه بخلاف عطف البيان فانه البيان أي فان المقصود بالنسبة هو المبين والبيان فرع المبين فيكون المقصود هو الاول فالجواب انا لا نسلم ان المقصود فى بدل الكل هو الثانى فقط ولا فى سائر الابدال الا بدل الغلط وقال بعض المحققين فى جوابه الظاهر انهم لم يريدوا انه ليس مقصودا بالنسبة اصلا بل ارادوا انه ليس مقصودا اصليا والحاصل ان مثل قولك جاءنى اخوك زيد ان قصدت فيه الاسناد الى الاول وجئت بالثانى تتمة وتوضيحا فالثانى عطف بيان وان قصدت فيه الاسناد الى الثانى وجئت بالاول توطئة له مبالغة فى الاسناد فالثانى بدل وحينئذ يكون التوضيح الحاصل به مقصودا تبعا والمقصود أصالة هو الاسناد بعد التوطئة فالفرق ظاهر منلا جامى

تم

اهدائی به
کتابخانه آستان قدس رضوی
دکتر م... ...ی لنگرودی

الى هنا انتهى الجزء الثانى من حاشية العلامة ابى السعود على منلا مسكين ويليه الجزء الثالث اوله كتاب الكفالة طبع بمطبعة جمعية المعارف على ذمة الجمعية